

UNIVERSIDADE FUMEC
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE

Laura Campolina Monti

**O ESTADO DE EXCEÇÃO E O SUPREMO SOBERANO:
o projeto Homo Sacer de Giorgio Agamben e o posicionamento do Supremo
Tribunal Federal quanto a tratados de direitos humanos**

Orientador: Prof. Dr. André Cordeiro Leal

Coorientadora: Profa. Dra. Flávia de Ávila

Belo Horizonte

2018

Laura Campolina Monti

O ESTADO DE EXCEÇÃO E O SUPREMO SOBERANO
o projeto Homo Sacer de Giorgio Agamben e o posicionamento do Supremo
Tribunal Federal quanto a tratados de direitos humanos

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado Acadêmico em Direito (*stricto sensu*) da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde da Universidade FUMEC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Instituições sociais, direito e democracia

Linha de pesquisa: Esfera pública, legitimidade e controle

Orientador: Prof. Dr. André Cordeiro Leal

Coorientadora: Profa. Dra. Flávia de Ávila

Belo Horizonte

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

M791e Monti, Laura Campolina, 1990-
O Estado de exceção e o supremo soberano: o projeto
Homo Sacer de Giorgio Agamben e o posicionamento do
Supremo Tribunal Federal quanto a tratados de direitos humanos
/ Laura Campolina Monti. – Belo Horizonte, 2018.
170 f. ; 29,7 cm

Orientador: André Cordeiro Leal
Coorientador: Flávia de Ávila
Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade
FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde,
Belo Horizonte, 2018.

1. Direitos humanos – Brasil. 2. Tratados. 3. Agamben,
Giorgio. I. Título. II. Leal, André Cordeiro. III. Ávila, Flávia de.
IV. Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas,
Sociais e da Saúde.

CDU: 342.72



UNIVERSIDADE
FUMEC

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO EM INSTITUIÇÕES SOCIAIS, DIREITO E DEMOCRACIA

AVALIAÇÃO FINAL DA DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE
MESTRADO

BANCA EXAMINADORA:

ASSINATURAS:

Prof. Dr. André Cordeiro Leal _____

Prof. Dra. Flávia de Ávila _____

Prof. Dr. Bruno Wanderley Júnior _____

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandoná Freitas _____

MESTRANDA: LAURA CAMPOLINA MONTI

TÍTULO DA DISSERTAÇÃO:

“O ESTADO DE EXCEÇÃO E O SUPREMO SOBERANO: contribuições agambenianas para uma análise do posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto a tratados de direitos humanos”

RESULTADO FINAL: APROVADA

Data da Defesa: 27/04/2018

REITORIA

Av. Afonso Pena, 3880 - Cruzeiro
30130-009 - Belo Horizonte, MG
Tel. 0800 0300 200
www.fumec.br

CAMPUS

Rua Cobre, 200 - Cruzeiro
30310-190 - Belo Horizonte, MG
Tel. (31) 3228-3000
www.fumec.br

AGRADECIMENTOS

A Deus por juntar, dia após dia, as peças do quebra cabeça e transformar sonhos em propósitos maiores do que eu.

A minha mãe, pelo amor mais altruísta que eu já testemunhei em um ser humano. Por lutar, desde a minha infância, para me deixar a melhor herança que alguém pode receber (e a única que ninguém pode perder): a educação. Pelo suporte ao longo de toda a vida, principalmente nos últimos anos. E, especialmente, por investir não apenas no meu futuro, mas nos meus sonhos, mesmo quando eles não são o que ela esperava.

Ao meu pai, pelo entusiasmo e apoio a cada novo projeto meu.

A minha família, pelo carinho, acolhimento e por toda a torcida. O amor de vocês é encorajamento para prosseguir e, ao mesmo tempo, um porto seguro para o qual voltar.

Aos meus amigos, por estarem comigo a cada etapa do caminho até aqui e pela certeza que continuaram comigo ainda muito depois. Pela torcida, pelo colo e pela paciência com a minha falta de outros assuntos que não este mestrado.

Aos meus pastores, Leonardo e Vanusa, por acreditarem que há propósitos também nestas coisas e a cada um que me sustentou em oração neste tempo.

Ao meu orientador Prof. Dr. André Cordeiro Leal pelas reflexões que me impactam desde a graduação e que, após este mestrado, certamente me transformaram para sempre. Também pelo exemplo de professor e pesquisador sem arrogância, capaz de discordar com mansidão e criticar sem ofender, disposto a orientar, corrigir, emprestar livros e encaminhar aqueles que ainda tateiam nos caminhos acadêmicos. E, principalmente, pelo exemplo de pessoa, pela capacidade de empatia, acolhimento e encorajamento. Levo comigo para a vida, dentro e fora da academia, suas atitudes e palavras durante essa jornada.

A minha coorientadora Profa. Dra. Flávia de Ávila, meu exemplo de professora e pesquisadora desde a graduação, pelo privilégio de aceitar me acompanhar em mais um passo dessa trilha. Sua dedicação, disposição para ajudar, compromisso com a orientação e o trabalho e, sobretudo, sua capacidade de me acolher quando precisei fizeram mais diferença do que sou capaz de expressar.

Aos demais professores do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* da Universidade FUMEC, especialmente à Profa. Dra. Maria Tereza Fonseca Dias, por

acreditar no meu potencial e me encorajar na prática acadêmica, e ao Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona de Freitas, por seu exemplo de dedicação e pela amizade.

A Profa. Dra. Astreia Soares, pelo constante incentivo, pelo exemplo de engajamento no desafio de fazer da academia um lugar de pensar e agir por um mundo mais justo e por todo carinho que me acompanha há anos.

A Claudia Marcia Magalhães, por sua dedicação ao programa e seu compromisso com cada aluno. Por sua iniciativa de não apenas fazer o seu trabalho, mas fazê-lo da maneira mais humana possível, e, principalmente, por ter sido o cuidado de Deus revelado a mim nesta etapa, por vezes tão árdua, da vida acadêmica.

Aos funcionários da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde (FCH) da Universidade FUMEC, especialmente aqueles ligados à biblioteca, à secretaria dos programas de pós-graduação, ao setor de extensão e ao dia a dia da sala dos professores, por sempre me atenderem com cordialidade, buscando solucionar os problemas e atender às demandas.

Aos colegas por compartilharem alegrias e angústias, fazendo desse processo uma jornada mais leve.

Muito obrigada!

Of all tyrannies a tyranny sincerely exercised for the good of its victims may be the most oppressive.

C. S. Lewis

A gestação do novo, na história, dá-se, frequentemente, de modo quase imperceptível para os contemporâneos, já que suas sementes começam a se impor quando ainda o velho é quantitativamente dominante. É exatamente por isso que a “qualidade” do novo pode passar despercebida. Mas a história se caracteriza como uma sucessão ininterrupta de épocas. Essa ideia de movimento e mudança é inerente à evolução da humanidade. É dessa forma que os períodos nascem, amadurecem e morrem.

Milton Santos

RESUMO

O presente estudo, subsidiado pelo método hipotético-dedutivo e amparado em pesquisa bibliográfica, documental e descritiva, versa sobre o posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito dos tratados de direitos humanos e se propõe a analisar tal posicionamento a partir de conceitos e reflexões extraídas de obras do projeto *Homo Sacer* de Giorgio Agamben. O processo de estudo implicou três dimensões fundamentais. A primeira, relativa à compreensão, do ponto de vista da dogmática constitucional, da formação do chamado sistema constitucional das crises e sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro. Neste ponto, o trabalho aborda ainda o conceito de estado de exceção adotado pela literatura constitucionalista moderna e seu contraste com o pensamento agambeniano. A segunda, dedicada à análise da relação entre direito internacional e direito interno em geral e, no âmbito brasileiro, a potencial compreensão dos compromissos assumidos pelo Brasil no âmbito internacional como juramento, conforme definido por Agamben. Por fim, a terceira, destinada a examinar, ainda que brevemente, o conceito e o desenvolvimento histórico dos direitos humanos, abordando as críticas agambenianas, e o papel desses no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente no que se refere aos tratados internacionais sobre a matéria. O estudo conclui pela possibilidade de se compreender o posicionamento do Supremo Tribunal Federal com relação a tratados de direitos humanos nos moldes do que Giorgio Agamben define como sendo estado de exceção, sendo cabível a comparação do compromisso do Estado brasileiro com esses documentos ao juramento a partir da atuação do STF como soberano.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Estado de Exceção; Giorgio Agamben; Supremo Tribunal Federal; Tratados Internacionais; Supralegalidade.

ABSTRACT

The present study, subsidized by the hypothetical-deductive method and supported by bibliographic, documentary and descriptive research, deals with the position of the Brazilian Supreme Court (STF) regarding human rights treaties and proposes to analyze such positioning based on concepts and reflections formulated by Giorgio Agamben. The study process involved three fundamental dimensions. The first is related to understanding, from the point of view of constitutional dogmatic, the consolidation of the so-called constitutional crisis system and its evolution in the Brazilian legal order. At this point, the paper also approaches the concept of state of exception adopted by the modern constitutionalist literature and its contrast with Agamben's thought. The second is devoted to the analysis of the relationship between international law and domestic law in general and, in the Brazilian context, the potential understanding of the commitments assumed by Brazil at the international level as an oath, as defined by Agamben. Finally, the third one, aimed at examining, albeit briefly, the concept and historical development of human rights, addressing the critics formulated by Giorgio Agamben, and their role in the Brazilian legal system, especially with regard to international treaties on the subject. The study concludes for the possibility of understanding the position of the Brazilian Supreme Court in relation to human rights treaties as a state of exception, on the terms defined by Giorgio Agamben, being possible to compare the commitment of the Brazilian State with these documents to an oath due to the Brazilian Supreme Court's performance as sovereign.

Keywords: Human Rights; Exception State; Giorgio Agamben; International treaties; Supra-legality.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADPF - arguição de descumprimento de preceito fundamental

art. – artigo

arts. – artigos

atual. – atualizada

apud - citado por

cf. – confira

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CIJ – Corte Internacional de Justiça

CVDT – Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados

EC n.45 – emenda constitucional n.45

ed. – edição

etc. – et cetera

HC – *Habeas Corpus*

In – em seu, em sua

inc. – inciso

incs. – incisos

Min. – Ministro(a)

n. – número

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

ONU – Organização das Nações Unidas

p. – página

RE – Recurso Extraordinário

ss. – seguintes

STF – Supremo Tribunal Federal

v. ou vol. – volume

v.g – *verbi gratia*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 CONSTITUCIONALISMO E O PARADOXO DA SUSPENSÃO AUTORIZADA DA ORDEM JURÍDICA	17
2.1 RAZÃO DE ESTADO, NECESSIDADE E CRISE.....	19
2.2 SISTEMA CONSTITUCIONAL DAS CRISES	28
2.3 PANORAMA DO SISTEMA CONSTITUCIONAL DAS CRISES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	38
2.4 O ESTADO DE EXCEÇÃO NO DIREITO CONSTITUCIONAL	45
2.5 ESTADO DE EXCEÇÃO: CONSIDERAÇÕES AGAMBENIANAS	47
2.5.1 O estado de exceção como paradigma de governo	48
2.5.2 Estado de exceção, soberania e <i>força de lei</i>	55
3 DIREITO INTERNACIONAL E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: O JURAMENTO E O SOBERANO.....	63
3.1 DIREITO INTERNO <i>VERSUS</i> DIREITO INTERNACIONAL	63
3.2 O <i>STATUS</i> E A EFETIVIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL NO BRASIL	75
3.2.1 Breves considerações sobre os tratados internacionais.....	75
3.2.2 Da formação à incorporação	78
3.2.3 Hierarquia normativa dos tratados em geral	81
3.3 ARQUEOLOGIA DO JURAMENTO E A VALIDADE DOS ACORDOS INTERNACIONAIS	87
4 DIREITOS HUMANOS: CONCEITO, POSIÇÃO E EFETIVIDADE	94
4.1 DIREITOS HUMANOS: BREVE PANORAMA DO CONCEITO E DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO	94
4.2 O PROBLEMA DOS DIREITOS HUMANOS EM AGAMBEN	111
4.3 DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO....	116
4.4 TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS	120
4.4.1 O posicionamento atual do STF: a teoria do duplo estatuto dos tratados de direitos humanos	132

5 ESTADO DE EXCEÇÃO E O SUPREMO SOBERANO	139
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	150
REFERÊNCIAS	159

1 INTRODUÇÃO

O tema-problema aqui focado – posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) quanto a tratados de direitos humanos sob uma perspectiva agambeniana – relaciona-se com inquietações pessoais que acompanham a autora desde a graduação, no sentido de subsidiar entendimento a respeito dos desafios à efetivação dos direitos humanos no Brasil, bem como a respeito do papel desempenhado pelo STF nesse contexto. Nesse sentido, o trabalho representa também a modesta pretensão de contribuição com subsídios para a compreensão da relação efetivamente existente entre o direito internacional e o direito interno no âmbito do Estado brasileiro e de eventual protagonismo da Suprema Corte nesse cenário.

Em outros termos, as motivações subjetivas que inicialmente mobilizaram a presente investigação e, de fato, a permearam até sua sistematização nesta versão final, podem ser sintetizadas como uma alta dose de inconformismo em face: primeiramente, da distância existente entre as previsões convencionais, constitucionais e legislativas e sua concretização na vida dos indivíduos que compõem a sociedade; do negligenciado potencial do direito internacional como mecanismo apto a cooperar com o direito interno para a efetivação desses direitos; e, por fim, do papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal na manutenção de um *status quo* que implica a fragilização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Tais inquietações começaram a ser exploradas pela autora ainda no contexto da graduação, especialmente sob uma perspectiva internacionalista. No entanto, foi a obra de Giorgio Agamben que ofereceu nova lente para o estudo das questões ora postas, apontando para uma anomalia sistêmica que estaria a macular todo o Estado constitucional, notadamente a atuação das instituições e indivíduos que têm como atribuição a guarda e garantia de efetividade da Constituição. Agamben desenvolveu uma série de estudos voltados para a compreensão crítica do direito, da linguagem, da religião e do próprio conceito de humano. Tais estudos, embora publicados em obras distintas, são complementares e, ao serem analisados em conjunto, oferecem panorama inovador para a compreensão da sociedade contemporânea e suas estruturas de poder.

O próprio autor, ao comentar a complementariedade de suas reflexões, afirmou que a complexidade das indagações sobre as quais se propôs refletir em *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I* (2002) implicavam aprofundamentos que não poderiam ser levados a termo em apenas um livro. Nesse sentido, mais do que oferecer

conclusões, a primeira obra se propõe a expor uma série de premissas com base nas quais se desenvolveu uma sequência de investigações genealógicas sobre os paradigmas teológicos, jurídicos e biopolíticos que têm exercido influência determinante sobre o desenvolvimento e a ordem política global, especialmente nas sociedades ocidentais. O presente trabalho se refere a essa cadeia concatenada de estudos, identificada pelo autor em suas obras inclusive por algarismos que se seguem aos títulos, como projeto *Homo Sacer*.¹

Apenas a título de ilustração das temáticas estudadas pelo referido autor e que pautaram as reflexões ora condensadas, temos, por exemplo, o livro *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I* (2002) no qual Agamben retoma estudos de Hannah Arendt e Michel Foucault para discutir o conceito de soberania, a sacralidade da vida e, por fim, a o paradigma biopolítico na modernidade. Em *Estado de Exceção* (2004), o autor argumenta a existência de estados de exceção, inseridos como regra, dentro do Estado, chegando a afirmar que a abolição provisória da distinção entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário tende a se transformar em prática duradoura de governo. Nessa linha, resgatando a clássica definição de soberano forjada por Carl Schmitt, o filósofo discute a inexistência de salvaguarda institucional capaz de assegurar que os poderes de emergência sejam efetivamente empregados com a finalidade de proteger a Constituição, alertando para o risco do surgimento de uma ditadura constitucional. Em *O Sacramento da Linguagem: arqueologia do juramento* (2011), Agamben dá continuidade às reflexões que problematizam o papel do jurídico no campo político e social da contemporaneidade, analisando o instituto do juramento a fim de verificar, para além das definições tradicionais, seu sentido e função no presente.

O tema-problema desta pesquisa começou a ser delimitado e, tendo ultrapassado os limites de mera aspiração pessoal, assumiu a forma da seguinte questão: é possível que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal com relação a tratados de direitos humanos esteja alinhado com o que Giorgio Agamben denuncia como sendo um estado de exceção permanente?

Como qualquer problema de investigação que se pretenda revestir de caráter acadêmico e científico requer encaminhamento metodológico para obtenção de resposta – e nenhuma direção se dinamiza com segurança sem prévia definição de rumo que ao

¹ Ver entrevista concedida por Giorgio Agamben e publica na Revista do Departamento de Psicologia da Universidade Federal Fluminense, volume 18, n.1. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-80232006000100011.

mesmo tempo norteie o caminhar e indique o ponto de chegada pretendido, em termos de resultados ou produtos a serem alcançados –, o passo seguinte, após a elaboração do problema, foi a delimitação do objetivo da investigação. Deste modo, objetiva-se, por meio do presente estudo, analisar, a partir de contribuições da obra de Giorgio Agamben – na qual é apontada a existência de estados de exceção, chancelando a violação a direitos fundamentais, a despeito de não se encontrar o Estado em situação de crise – a posição do Supremo Tribunal Federal em relação à efetivação dos tratados referentes a Direitos Humanos.

Para que o referido objetivo fosse mais bem precisado, houve a preocupação de desmembrá-lo nos seguintes objetivos específicos: *a)* estudar aspectos históricos sobre a formação do chamado sistema constitucional das crises e delinear, do ponto de vista da dogmática constitucional, a evolução desse no ordenamento jurídico brasileiro, abordando inclusive o conceito de estado de exceção adotado pela literatura constitucionalista moderna e seu contraste com o pensamento agambeniano; *b)* analisar a relação entre direito internacional e direito interno em geral e, no âmbito brasileiro, sua potencial relação com o juramento, conforme trabalhado por Giorgio Agamben; *c)* examinar, ainda que brevemente, o conceito e o desenvolvimento histórico dos direitos humanos, abordando as críticas agambenianas, e o papel desses no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente no que se refere aos tratados internacionais sobre a matéria; e *d)* avaliar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal com relação a tratados de direitos humanos tendo em vista as considerações anteriores a fim de verificar quais as contribuições a obra agambeniana pode oferecer à compreensão do tema.

Uma vez definidos os objetivos (geral e específicos) e de se ter avançado na fase dos estudos exploratórios, foi possível a formulação da hipótese – aqui entendida como resposta prévia e provisória ao problema, logo, sujeita a demonstração ao longo do estudo – nestes termos: o posicionamento do Supremo Tribunal Federal com relação a tratados de direitos humanos se amolda ao que Giorgio Agamben define como sendo estado de exceção, sendo possível a compreensão do compromisso do Estado brasileiro com esses documentos como juramentos a partir da atuação do STF como soberano.

Os capítulos deste estudo se desenvolveram, tendo sempre presente a hipótese a ser testada, apresentando contextualização dogmática pertinente ao tema em tela (v.g. o sistema constitucional das crises; a relação entre direito interno e direito internacional; e os direitos humanos) e, na sequência, considerações pertinentes extraídas da obra de

Giorgio Agamben. Todos os capítulos pretenderam também indicar, ainda que não detalhadamente, o papel do Supremo Tribunal Feral na consolidação da dogmática vigente.

Assim, alinhado aos objetivos específicos delineados, o segundo capítulo retoma o conceito de razão de Estado, especialmente no âmbito do Estado de Direito, a fim de evidenciar sua intrínseca relação com as concepções de *necessidade* e *crise* e, portanto, sua conexão com os elementos fundantes do chamado sistema constitucional das crises. Nessa perspectiva, após apresentar a compreensão da dogmática constitucional sobre esse sistema de legalidade especial, o capítulo se propõe a expor o desenvolvimento histórico desse no ordenamento jurídico brasileiro, abordando, inclusive, a compreensão de estado de exceção adotada pela literatura constitucional contemporânea. Por fim, o capítulo introduz o projeto Homo Sacer e discute, especialmente, a obra *Estado de Exceção*.

O terceiro capítulo cuida da relação entre o direito internacional e o direito interno, apresentando as teorias clássicas e discutindo o status e a efetividade do direito internacional no Brasil. Para tanto, o capítulo aborda os processos de formação e incorporação de tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro, mencionando também a hierarquia conferida aos tratados internacionais em geral e o papel do Supremo Tribunal Federal na definição da posição desses em relação ao direito interno. Como último ponto, o capítulo aborda a investigação de Agamben acerca do instituto do juramento, delineando a possibilidade desse ser aplicado à compreensão vigente no STF no tocante aos tratados internacionais.

O quarto capítulo de dedica especificamente aos direitos humanos. Apresenta, portanto, breve histórico do desenvolvimento do conceito, sem pretender, no entanto, aprofundamento pormenorizado, tendo em vista os objetivos da pesquisa. Ainda no tocante ao conceito de direitos humanos, o capítulo aborda a crítica formulada por Giorgio Agamben, especialmente no que se refere ao papel desempenhado pelo soberano na efetivação ou não desses. Na sequência, é discutida a posição conferida à dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente, no que se refere à proteção constitucional desses. Finalmente, o capítulo cuida dos tratados relativos a direitos humanos e do posicionamento hierárquico a eles conferido a partir do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal.

O quinto capítulo se propõe a responder ao problema da pesquisa, aplicando as reflexões formuladas por Giorgio Agamben em seu projeto *Homo Sacer* ao posicionamento do STF com relação a tratados sobre direitos humanos.

No que concerne à justificativa deste estudo, teve-se, e se tem, por certo que a mesma converge para três pontos fundamentais, quais sejam, o da validade, o da inovação e o da oportunidade da investigação. A validade definida pelos termos da significância acadêmica da pesquisa, se articula diretamente com a inovação que esta representa, especialmente, em face da carência de investigação acerca da temática proposta – consubstanciada pelo problema, os objetivos e a hipótese – em perspectiva que não seja restrita à da interpretação internacionalista ou constitucionalista. A proposta de uma análise mais filosófica do problema, especialmente a partir de uma perspectiva agambeniana que discute a própria estruturação do direito, foi pouquíssimo explorada por juristas e acadêmicos brasileiros.

A oportunidade da pesquisa se expressa pela relevância que o mesmo pode adquirir na atualidade. Em um contexto de instabilidades institucionais e potencial fragilização de direitos e garantias fundamentais, refletir sobre a temática dos direitos humanos, o papel do direito e, especificamente, do STF, parece cada vez mais essencial. Ademais, a redefinição do papel do Estado e a interdependência cada vez mais acentuada entre os países conduz à alteração da percepção da soberania, aumentando a relevância do direito internacional e dos órgãos supranacionais.

O método de abordagem empregado, a despeito de partir especificamente do posicionamento do STF com relação aos tratados de direitos humanos, pode ser definido como sendo hipotético-dedutivo, visto que, partindo de hipótese fundamentada em estudo exploratório e na análise bibliográfica e jurisprudencial, adotando a técnica de análise de conteúdo, procurou averiguar o desenvolvimento de conceitos, a interpretação a eles conferida por meio de decisões e, eventualmente, as motivações que permearam a fundamentação de tais decisões. A tais análises foram contrapostas reflexões de Giorgio Agamben, a fim de se obter renovada perspectiva sobre as questões em estudo.

2 CONSTITUCIONALISMO E O PARADOXO DA SUSPENSÃO AUTORIZADA DA ORDEM JURÍDICA

Desde sua origem, o Estado de Direito foi compreendido a partir de variadas concepções, ora sendo colocado como Estado que age através do direito, ora como o Estado que está submetido ao direito e, ainda, como o Estado cujo direito comporta certos atributos intrínsecos. Tais concepções, não raro definidas pela literatura respectivamente como formal, material e substancial, resultam em distintas figuras que não estão isentas de implicações políticas.²

Historicamente, o Estado de Direito é concebido entre o final do século XIX e o início do século XX e pode ser genericamente definido como um tipo específico de Estado no qual o poder não pode ser utilizado senão pelos meios autorizados pela ordem jurídica em vigor, possuindo os indivíduos recursos jurisdicionais para combate dos possíveis abusos por ele perpetrados.

O núcleo da teoria do Estado de Direito, tal qual concebida na Alemanha e na França, abriga, portanto, o princípio segundo o qual os diversos órgãos do Estado somente podem agir em razão de uma habilitação jurídica, convertendo-se o exercício do poder em competência definida pelo direito (CHEVALLIER, 2013, p. 14). Tal limitação à atuação do Estado tende naturalmente ao estabelecimento formal de hierarquias normativas, uma vez que o Estado se encontra submetido às normas jurídicas superiores. Assim, a teoria do Estado de Direito postula, inicialmente, a submissão da administração ao direito, devendo tal submissão ser garantida pela existência de um controle jurisdicional exercido pelo juiz ordinário ou por tribunais especiais, eles próprios submetidos à lei.

Nessa linha, o Estado de Direito contrasta com a *Rule of Law* britânica que se relaciona intimamente com a preocupação de proteção dos direitos e liberdades individuais. Sobre o tema, Jacques Chevallier escreveu:

[...] o respeito à hierarquia das normas se faz com a afirmação da autoridade suprema e exclusiva da Lei (o poder absoluto do Parlamento estando, entretanto, limitado pela soberania política da Nação, a existência de “convenções da Constituição” e do peso da “opinião pública”); a legislação é obrigada a apresentar um certo número de qualidades intrínsecas (generalidade, publicidade, não retroatividade, clareza, coerência, estabilidade e, em primeiro lugar, previsibilidade); enfim, as liberdades individuais são postas sob a proteção dos tribunais ordinários, o princípio da igualdade diante da Lei exclui todo privilégio de jurisdição dos agentes da Coroa (CHEVALLIER, 2013, p. 15).

² Sobre a classificação das concepções de Estado como formal, material e substancial, ver *O Estado de Direito* de Jacques Chevallier.

No que tange ao *due process of law* norte americano, estabelecido pela décima quarta emenda promulgada em 1868, a teoria do Estado de Direito também produz alterações interpretativas, passando o referido sistema pouco a pouco a ser entendido não mais como mera imposição de uma maneira de agir (*procedural due process*) às autoridades públicas, mas também como a exigência de um certo conteúdo de direito aplicável (*substantive due process*) (RUBIN, 2003, p. 833).

Importante notar, no entanto, que o Estado de Direito é originalmente concebido de maneira formal, independente de todo caráter “substancial”. O formalismo, no entanto, encontra seus limites, pois a teoria do Estado de Direito demanda mais do que um Estado regido pelo direito através da construção de uma ordem jurídica hierarquizada; ela exige também que o Estado em si esteja submetido ao direito legislado. De tal assertiva, no entanto, decorre o que talvez possa ser entendido como o calcanhar de Aquiles da referida teoria: não saberíamos inferir da hierarquização do direito estatal a ideia de submissão do Estado ao direito, salvo se recorrêssemos a uma reflexão circular; em outras palavras, em se submetendo o Estado ao direito que ele mesmo produz, nada mais faz do que submeter-se a si mesmo. Daí o risco de converter-se a subordinação do Estado ao direito em mero artifício³.

A construção da teoria do Estado de Direito não é um fato do acaso ou o produto de uma lógica puramente intrínseca da esfera jurídica, antes desponta sobre um terreno ideológico e se enraíza em uma realidade social e política específica. Se desprovida de tais contextos, ela aparece apenas como um invólucro vazio, um quadro formal. Na Alemanha e na França, ela responde à preocupação de se criar novos mecanismos de regulação, estando ainda associada a uma ideologia liberal. O Estado de Direito surge, portanto, como uma organização política e social destinada a pôr em prática os princípios da democracia liberal (CHEVALLIER, 2013, p. 29).

Tal modelo se inspira numa desconfiança, por princípio, diante de um Estado que, a partir de então, se procura enquadrar e conter a fim de evitar a opressão dos indivíduos. Nesse sentido, os filósofos que se esforçaram por pensar racionalmente a ordem política, em oposição os teóricos do absolutismo, desempenharam papel

³ A doutrina do Estado de Direito trará a esse problema respostas variadas: à teoria da “autolimitação”, dominante no pensamento jurídico alemão, segundo a qual não se conheceria e nem haveria direito anterior e superior ao Estado, respondem as teorias de “heterolimitação”, muito presentes no pensamento jurídico francês, colocando o fundamento do direito fora do Estado – antes que H. Kelsen recuse os termos da controvérsia, pela afirmação da identidade entre o Estado e o direito [...] (CHEVALLIER, 2013, p.15).

fundamental ao desenvolverem a ideia de consentimento (contrato social) e atribuírem ao Estado a finalidade de promoção da segurança coletiva e da proteção individual de seus membros.

A fim de compreender, ainda que no âmbito teórico, a organização do projeto de Estado Democrático de Direito no qual estamos inseridos em relação às crises, este capítulo traça, sob o ponto de vista da dogmática constitucional, um panorama do desenvolvimento histórico do chamado *sistema constitucional das crises*, também nomeado pela doutrina de *direito constitucional de crise* ou regulamentação de *legalidade especial* (DANTAS, 1989, p. 23).

2.1 Razão de Estado, necessidade e crise

Toda a construção teórica relativa ao tema do sistema de legalidade especial está alicerçada no conceito jurídico contemporâneo de *crise* que, por sua vez, se conecta diretamente à ideia de necessidade e pode encontrar seu antecedente histórico no conceito de *razão de Estado*.

O paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito compreende a limitação jurídica do arbítrio do poder político e a estabilidade jurídica das garantias individuais. Nas palavras de Joaquim José Gomes Canotilho “o princípio básico do Estado de direito é o da eliminação do arbítrio no exercício dos poderes públicos com a consequente garantia de direitos dos indivíduos perante esses poderes” (1999, p. 10). Nesse sentido, torna-se essencial a análise do conceito de *razão de Estado*, termo que, mesmo não constando expressamente de grande parte das normas relativas ao sistema constitucional das crises, é alicerce histórico-teórico para a construção desses.

Razão de Estado, conforme definido por Friedrich Meinecke (1957, p. 3-9), é a máxima do agir político, a lei motora do Estado, que determina o que deve ser feito para a manutenção do Estado e indica como o Estado pode se desenvolver. Trata-se, portanto, da situação em que o Estado se encontra frente a ameaças, internas ou externas, ao seu poder que forcem o emprego de determinados meios de defesa e de ataque. A política, então, pode deixar de lado a moral e o direito para agir em consideração do bem do Estado, de acordo com a necessidade política. A razão de Estado significa o imperativo em nome do qual o poder se autoriza transgredir o direito pelo interesse público.

Michael Stolleis (1990, p. 184-186) aponta o surgimento praticamente simultâneo dos termos *razão de Estado*, *lei fundamental* e *soberania* na linguagem política europeia, o que demonstraria, segundo o autor, a vontade de poder interna do Estado e sua tendência expansionista. Na opinião de Stolleis, a legislação figura como a primeira prerrogativa soberana, na medida em que se considera a livre disposição do legislador. No entanto, a margem de ações de política interna cresce com a razão de Estado que busca também mitigar a legislação, adaptando-a às circunstâncias concretas. Por fim, as leis fundamentais legitimam racionalmente o pacto de dominação política, embora retirem, ao menos em tese, elementos essenciais da discricionariedade legislativa do soberano.

Carl Schmitt, um dos autores analisados por Agamben em sua obra, é conhecido por seus trabalhos teóricos sobre a perspectiva do pensamento jurídico-político estatal e define a razão de Estado como “*la afirmación y la ampliación del poder político*” (1968, p. 44). O autor afirma ainda que

[...] al final del siglo XV, cuando se había agotado el vigor de la teología y ya no satisfacía científicamente la visión patriarcalista del nacimiento del reino de los hombres, la política se desarrolló como una ciencia, la cual ha configurado una especie de doctrina esotérica en torno del concepto casi místico del *ratio status*. (SCHMITT, 1968, p. 45)⁴

Ao se estudar a origem do termo *razão de Estado*, são comuns as referências a Maquiavel, sendo inclusive apontado que ele teria sido o primeiro a transformar a ideia excepcional de razão de Estado em um preceito permanente, visando a auto conservação do Estado como seu objeto perene (BERCOVICI, 2013, p. 49). Na leitura de Lefort, Maquiavel define a política como movimento, criação, transformação e inovação, e seu problema mais grave é iniciar, fundar e instituir um novo nexos entre necessidade e liberdade. As questões que comandam sua reflexão política são governar e conservar o Estado, atribuindo à política um estatuto completamente novo. Maquiavel não se preocupa com o Estado justo ou injusto, percebendo a sua instabilidade intrínseca. O Estado adquire sua legitimidade da necessidade do exercício de sua atuação: para cada situação há uma política adequada (LEFORT, 1993, p. 346-348).

⁴ [...] ao final do século XV, quando se havia esgotado o vigor da teologia e já não mais satisfeita a visão patriarcal do nascimento do reino dos homens, a política se desenvolveu como uma ciência, a qual criou uma espécie de doutrina esotérica em torno do conceito quase místico da razão de Estado (SCHMITT, 1968, p. 45).

Em *O Príncipe* (1505), o autor afirma, por exemplo, que não existe modo seguro para conservar as conquistas de um Estado que pretende se impor a outro, senão a destruição das instituições e dos cidadãos:

E quem se torne senhor de uma cidade acostumada a viver livre e não a destrua, espere ser destruído por ela, porque a mesma sempre encontra, para apoio de sua rebelião, o nome da liberdade e o de suas antigas instituições, jamais esquecidas seja pelo decurso do tempo, seja por benefícios recebidos. Por quanto se faça e se proveja, se não se dissolvem ou desagregam os habitantes, eles não esquecem aquele nome nem aquelas instituições, e logo, a cada incidente, a eles recorrem como fez Pisa cem anos após estar submetida aos florentinos. (MACHIAVELLI, 2004, p.32)

Também está presente em *O Príncipe* a ideia de razão de Estado, ainda que não de maneira expressa. A referida obra, dedicada aos Médici, mais de quinhentos anos após ter sido escrita ainda gera reflexão porque defende a força, a magnanimidade, a arte de governar, o mascaramento das efetivas intenções, a fim de garantir a sobrevivência do Estado. No entanto, conforme acentua Friedrich Meinecke (1957, p. 29), Maquiavel em momento algum teria sido explícito quanto à ideia de razão de Estado, apesar de seus escritos guardarem interdependência com o nítido propósito supremo definido para a condução do Estado. Como propôs Meinecke, Maquiavel teria inaugurado o espaço temático da razão de Estado sem, no entanto, lhe atribuir esse nome.

Independentemente da terminologia adotada, é certo que Maquiavel traz a crise para a política. A instabilidade, a necessidade, e a exceção passam a ser pontos centrais do pensamento político. A estabilidade não é fruto de uma boa forma política, mas deve ser pensada em função da instabilidade e violência originárias. A contingência jamais é abolida, as possibilidades estão sempre abertas. A verdadeira ciência de governar é a arte da guerra. O poder do príncipe é um elemento de um sistema geral de relações de força, sem que exista, efetivamente, alguma diferença entre os tempos de guerra e os tempos de paz (LEFORT, 1993, p. 350-351). Especificamente sobre a necessidade do emprego da força para aplacar dissidências que possam colocar em risco os propósitos do soberano, o autor afirma que:

É necessário, pois, querendo bem expor esta parte, examinar se esses inovadores se baseiam sobre forças suas próprias ou se dependem de outros, isto é, se para levar avante sua obra é preciso que roguem, ou se em realidade podem forçar. No primeiro caso, sempre acabam mal e não realizam coisa alguma; mas, quando dependem de si mesmos e podem forçar, então é que raras vezes perigam. Daí resulta que todos os profetas armados venceram e os desarmados fracassaram. Porque, além dos fatos apontados, a natureza dos

povos é vária, sendo fácil persuadi-los de uma coisa, mas difícil firma-los nessa persuasão. Convém, assim, estar preparado para que, quando não acreditarem mais, se possa fazê-los crer pela força. (MACHIAVELLI, 2004, p. 37-38)

No entanto, não foi Maquiavel quem introduziu o tema razão de Estado no vocabulário político, nem seu pensamento se reduz a isso, embora a ele se atribua a formulação do problema. Para alguns autores, como Senellart (2013, p. 9-10) e Post (1992, p. 14-18), a concepção de razão de Estado não se encontra em Maquiavel, mas nos juristas e teólogos medievais, desde o século XII. Gaines Post chega a afirmar a importância da tradição romana, citando as concepções de *necessitas legem non habet*⁵, *ratio publicae utilitatis* e *ratio status*⁶, para a compreensão da razão de ser do governo, do poder público e da preservação do bem comum. Para o autor, “o papel dos juristas, glosadores e comentadores, foi essencial para o desenvolvimento da concepção de razão de Estado a partir do direito romano e do direito canônico” (POST, 1992, p. 15).

Nesse sentido, se pode assumir que Post considera a razão de Estado atemporal, entendendo a defesa do bem-estar público em caso de urgência ou necessidade como uma regra de conduta para toda e qualquer organização política, em todos os tempos. Em outras palavras, o conceito de razão de Estado assim poderia ser entendido como um problema permanente na prática política.

Durante a Idade Média, a partir do séc. XII, desenvolveu-se o conceito de *ratio status* que implica a submissão do poder à ordem ético-religiosa e pressupõe o respeito à lei. No entanto, para a política medieval, a situação de exceção não tem significado sistemático, pois sua preocupação é com a boa ordem. A *ratio status* não é, portanto, neste momento um princípio de exceção, mas um princípio permanente de conduta do poder político (SENELLART, 2013, p. 15-16).

⁵ A necessidade não tem lei. Sobre esse aspecto, ver Senellart (1989), em particular os tópicos sobre a análise de *Policraticus* de Jean de Salisbury. Cf. também Stolleis (1990) e Vatter (2008). Conforme explica Agamben (2004, p. 41), “a teoria da necessidade não é aqui outra coisa que uma teoria da exceção em virtude da qual um caso particular escapa à obrigação de observância da lei”.

⁶ Antes da era moderna, esses brocardos, que têm sua origem no direito romano, especialmente na construção da doutrina do *iustitium*, foram utilizados na Idade Média para a elaboração de teorias sobre uma espécie de exceção, que fundamentaria o poder do rei de dispensar a lei em virtude de um caso particular. Refere-se, aqui, principalmente, às teorias de Jean de Salisbury e Tomás de Aquino, nos séculos XII e XIII, respectivamente (SAINT-BONNET, 2001, p. 123). A estrutura teórica de Jean de Salisbury e Tomás de Aquino foi construída sobre uma ideia central, qual seja o imperativo de conservação da comunidade. Esse imperativo indicava uma lógica específica que permitiria a conservação do rei e do reino. Tal lógica foi denominada de *ratio status*, *regni* ou *rei publicae*, que significava a arte ou a ciência de como ser o rei (SAINT-BONNET, 2001, p. 121). Pode-se dizer que o imperativo de preservação do rei e do reino (*ratio status*) englobava um mecanismo que articulava uma *ratio communis utilitatis* (ratio normal) e uma *ratio necessitatis aut utilitatis* (ratio excepcional).

A teoria da exceção gira em torno da concepção de *necessitas*. As decisões derogatórias do direito comum por uma autoridade pública confrontada com circunstâncias excepcionais eram argumentadas com base na *necessitas*. As noções de *necessitas* e *utilitas publica* são também conceitos que foram resgatados do direito romano e passam a surgir com maior frequência a partir do século XIII, sendo aplicadas sistematicamente a favor do reino. Segundo Senellart (2013, p.17-19), a partir do uso medieval dos conceitos de *necessitas* e *utilitas publica* irão se desenvolver as duas principais correntes da razão de Estado: a razão de Estado cristã, que integra a *necessitas* ao discurso jurídico-religioso da *ratio status*; e a razão de Estado de Maquiavel, que se apoia sobre a *necessitas*, independentemente da *ratio status*.

Ilustrando o acima exposto, bem como a tendência de normatização da exceção em favor do soberano, Gilberto Bercovici escreve:

A tributação pública e os impostos, por exemplo, eram sempre eventos extraordinários. Os recursos ordinários eram provenientes do domínio real. Os impostos eram considerados recursos extraordinários, com o objetivo de financiar a defesa do reino e a guerra. Por isso a necessidade do consentimento dos súditos ressaltada pelos autores medievais. O que vai se modificar a partir do século XII é o fato de a emergência publica, o *casus necessitatis* ir, aos poucos, se tornando permanente. Sempre com a justificativa da necessidade, ao final dos séculos XIII e XIV, a cobrança de impostos se torna anual. A *necessitas* mudou de sentido, passando da defesa e guerra para as necessidades ordinárias da administração, tornando-se *perpetua necessitas* ou *necessitas in habitu*. (2013, p.53)

A partir do século XII, a noção de defesa do reino acentua a ideia de pátria e a afirmação da competência real contra a primazia da lei. O príncipe está antes e acima das leis feitas por ele ou por seus antecessores. O príncipe poderia se auto declarar *legibus solutus*⁷. A máxima do Digesto 1.3.31 “*Princeps legibus solutus est*”⁸, não se limita à imunidade do príncipe em relação à lei, mas também estabelece sua autoridade legislativa e seu poder de derogar as leis (BERCOVICI, 2013, p.55). Trata-se de uma adaptação medieval de textos romanos, que, sob o paradigma do poder imperial, entendia o soberano como não submetido a leis.⁹

⁷ Sobre o contexto do *princeps legibus solutus* no direito romano, vide DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. O Princípio de Legitimidade do Poder no Direito Público Romano e Sua Efetivação no Direito Público Moderno. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 139-148.

⁸ De acordo com o Black's Law Dictionary, *Princeps legibus solutus est* pode ser definido como a ideia de que o imperador é livre das leis; não está vinculado a elas. (GARNER, Bryan A.. Black's Law Dictionary. 10 ed. Eagan: Thomson West, 2014.)

⁹ Kantorowicz (1998) lembra a existência de duas leis romanas: a *lex regia* e a *lex digna*, em que os imperadores se declaravam vinculados às leis, mas que introduziram a diferença entre *legibus solutus* e

Um dos fundamentos do *legibus solutus* era a máxima do *Decretum* de Graciano: *necessitas legem non habet* (SENELLART, 2013, p. 31-35). A necessidade pública legitima a suspensão provisória de todos os vínculos, embora o motivo devesse ser delimitado pelo critério jurídico-religioso da “causa justa”. Com a permissão da declaração de *legibus solutus*, se abriu espaço para uma violação consentida da ordem jurídica, sob a justificativa do interesse público ou do bem comum.

Durante a primeira metade do século XVII, a razão de Estado busca resolver problemas específicos ligados às guerras religiosas, ao Sacro-Império, ao nascimento e manutenção dos Estados. O problema fundamental é como guiar normativamente a política, agora autônoma, sem a religião e a moral. Na segunda metade do século XVII, a reflexão sobre a razão de Estado assume as características de disciplina jurídica para fornecer a argumentação necessária para legitimar a supressão de direitos em favor do interesse comum da preservação do Estado. A técnica política autônoma, dotada da função exclusiva de conservação política, gera a normalidade das práticas de transgressão, derrogação e desvio da ordem ético-jurídica (BERCOVICI, 2013, p. 74).

A partir da Paz de Westfália (1648)¹⁰, a preocupação dos estudos e tratados é definir a razão de Estado de algum soberano territorial, com relação a outros soberanos, analisando as possibilidades e limites de sua legitimação interna. Estudam-se as concepções de *necessitas*, bem público, interesse público, mas também a razão de Estado como um conceito jurídico: a transgressão da letra da lei para a realização de seu espírito, favorecendo cada vez mais a autoridade política.

A normalidade do uso de práticas de transgressão ao direito pelos adeptos da razão de Estado, segundo Senellart (2013, p. 100-101), está ligada aos interesses individuais e estamentos desejosos de conservar as condições de poder político já

legibus alligatus. Para esse autor, o primeiro responsável pela instituição suprema do *legibus solutus* foi o imperador Frederico II, que, no século XIII, se proclamou *legibus solutus* e *ratione alligatus*.

¹⁰ A Paz de Westfália de 1648 refere-se a um conjunto de tratados que encerrou a Guerra dos Trinta Anos, iniciada com a intensificação da rivalidade política entre o Imperador Habsburgo do Sacro Império Romano-Germânico e as cidades-Estado luteranas e calvinistas no território do norte da atual Alemanha que se opunham ao seu controle. Tal guerra teve o envolvimento de potências católicas administradas pelos Habsburgo, como a Espanha e Áustria, e também de Estados protestantes escandinavos e da França, que, mesmo sendo católica, temia o domínio dos Habsburgo na Europa e apoiou os protestantes no conflito. Enquanto o tratado entre a Espanha e os Países Baixos – assinado em Münster, no mês de janeiro – pôs fim à Guerra dos Oitenta Anos, o tratado assinado em Osnabrück, em outubro, pelo Sacro Imperador Romano-Germânico Fernando III, pelos príncipes do Sacro Império Romano-Germânico, pela França e pela Suécia encerrou a luta dessas duas últimas potências com o Sacro Império. Nos estudos mais tradicionais sobre tal evento e da história das relações internacionais, concebe-se que a Paz de Westfália, além de consolidar a independência dos Países Baixos, abalou o poder do Sacro Imperador, além de ter autorizado que os governantes dos estados germânicos gozassem a prerrogativa de estipular a religião oficial dos territórios sem interferência externa e oferecido reconhecimento legal aos calvinistas (WATSON, 1992, p. 182-197).

existentes, buscando obediência e consenso para o soberano. Este paradigma poderia consentir com o desenvolvimento da existência individual apenas em determinadas condições definidas. Não havia uma definição clara entre esfera pública e esfera individual. Deste modo, uma das questões fundamentais da razão de Estado é saber em que medida o Estado dispõe da vida de seus cidadãos, se a salvação pública poderia ameaçar a segurança individual.

André Del Negri, em obra voltada para o estudo do segredo de Estado no Brasil, dedica todo um capítulo ao tema da razão de Estado e afirma que:

Dessa forma, sem grandes pormenores, percebe-se que razão de Estado é um movimento literário encaminhado por teóricos desde o século XVI, sob influência da obra de Maquiavel (*O Príncipe*), em que consiste sustentar que se houver algum tipo de transgressão para a conservação e a segurança da sociedade, bem como a necessidade de sobrevivência de um governo e de seu dirigente, essas simulações e esses “segredos” não estão errados; ao contrário, tudo está permitido. Aliás, um dos principais trunfos desse movimento literário é despir o Estado de qualquer empecilho rumo às finalidades políticas tracejadas. (DEL NEGRI, 2016, p.88)

Também nesse sentido, Friedrich Meinecke (1957, p. 2) afirma que exatamente pelo fato de o Estado garantir o direito é que ele, na prática, não poderia observar incondicionalmente as regras jurídicas. Sem o poder que consubstancia a sua essência, o Estado não pode dar garantia alguma.

Conforme visto acima, a razão de Estado foi concebida como um discurso da sobrevivência e conservação do Estado. Thomas Hobbes (1981, p. 470-474) afirmou que o problema fundamental é a sobrevivência e, sem o Estado, a civilização seria impossível. De modo geral, as teorias do contrato social vão reconhecer o conflito pela sobrevivência e tentar estabelecer um *locus* – o Estado – em que diferentes práticas de sobrevivência possam se tornar relevantes. Assim, ambos os discursos, razão de Estado e contrato social, foram elaborados pensando no problema comum da sobrevivência do Estado e dos indivíduos.¹¹ No capítulo XVII do *Leviatã*, o autor afirma que:

O fim último, causa final e desígnio dos homens (que amam naturalmente a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir aquela restrição sobre si mesmos sob a qual os vemos viver nos Estados, é o cuidado com sua própria conservação e com uma vida mais satisfeita. Quer dizer, o desejo de sair daquela mísera condição de guerra que é a consequência necessária

¹¹ O discurso da razão de Estado é criticado por Hobbes porque, com suas práticas de agir pela força ou pela fraude, ajudaria a promover a dissolução do Estado, colocando em dificuldades a autoridade absoluta do soberano. A razão de Estado seria apenas parcialmente eficaz, sendo incapaz de aproximar os fins estatais de longo prazo com os fins próximos dos interesses individuais, motivando e realizando a obediência. (Bercovici, 2013, p.85)

(conforme se mostrou) das paixões naturais dos homens, quando não há um poder visível capaz de os manter em respeito, forçando-os, por medo do castigo, ao cumprimento de seus pactos [...]. (HOBBS, 1974, p. 59)

Em Hobbes, conforme aponta Bercovici (2013, p. 86), a satisfação positiva dos interesses privados implica no reconhecimento da autoridade política. A disciplina política se funda sobre um poder autônomo, único e absoluto, mas que deve ser confirmado pela dinâmica do consenso que parte de cada indivíduo. Neste sentido, a temporalidade estável do Leviatã consente na conservação da ordem política e oferece a possibilidade de desenvolvimento positivo da dinâmica de realização dos interesses individuais. Na opinião de Schnur (1979, p. 89-101), individualismo e absolutismo não são conceitos que se excluem. O Leviatã é capaz de converter os interesses particulares de certos grupos em consenso público e disciplina política.

Em *Behemot* (2001), discutindo a oposição entre a existência dos homens garantida pelo poder do Estado e a existência conflituosa e miserável dos homens quando o Estado é destruído, Hobbes (2001, p. 211) argumenta que é impossível alcançar a unidade na multidão sem soberano. A revolta, para ele, é uma agressão dos indivíduos contra si mesmos. Para o autor, quando não há clareza de quem é o titular do poder soberano, o Estado entra em dissolução. Sem soberania, não há ordem política. Não por acaso, o capítulo final do *Leviatã* endossa o novo governo do parlamento sobre a *commonwealth* inglesa. A nova soberania parlamentar teria conquistado a antiga soberania monárquica. Como destaca Fioravanti (2001, p. 77-81), ao fundar o poder soberano na vontade dos indivíduos, Hobbes não estaria apenas declarando o fim da constituição mista medieval, mas criando as condições para a elaboração da constituição moderna.

O ato de autorização, que parte de cada indivíduo, para Hobbes (1981, p. 221-244), não implica apenas a obrigação da não resistência, mas cria também a obrigação de aceitar os atos do soberano como seus. A liberdade individual é mantida em sua esfera particular de atuação. Na esfera pública, o que há é a expressão ilimitada da soberania. O poder político não é um fim em si mesmo, mas teria por objetivo garantir a paz e a segurança dos indivíduos que o compõem. A lei acima do soberano serviria para assegurar a perenidade do Estado e a salvação do povo.

Apesar de chegar a essas conclusões, Hobbes não é um teórico da razão de Estado, embora possivelmente conhecesse a literatura contemporânea sobre o assunto e, no entender de Bercovici (2013), utilizasse alguns de seus argumentos. Esta exigência

de segurança do povo não justifica, para ele, o governo de exceção da razão de Estado. A conservação do Estado não permite que nenhuma norma se coloque como obstáculo a este objetivo, mesmo porque o direito e a lei existem em virtude deste fim. Para Hobbes, não há espaço para a exceção, pois todo poder é dado ao Estado para se conservar. Limitar as prerrogativas do soberano seria uma contradição, afinal, a necessidade faz a lei, e o Estado é fruto da necessidade de preservar a vida de cada um dos indivíduos. A necessidade que funda o Estado e o direito positivo é permanente e a obediência devida ao soberano é absoluta (BERCOVICI, 2013, p. 90).

Estabelecidas as origens do termo razão de Estado, bem como sua intrínseca relação com a compreensão do papel do próprio Estado, e tendo em vista os objetivos do presente trabalho, passaremos à análise dos impactos dos reflexos desse instituto na contemporaneidade. Nessa linha, é importante mencionar que essa ideia de que o Estado não é um fim em si mesmo, mas, antes, um meio para efetivação de *princípios fundamentais* que, em regra, refletirão um conteúdo ideológico é, em grande medida, o que ainda hoje sustenta a construção da teoria acerca do sistema constitucional das crises. O Estado é, portanto, nas palavras de Ivo Dantas (1989, p. 22), entendido como garantidor de certos direitos, estando sob a obrigação de agir em benefício da realização do bem comum.

A respeito, Ataliba Nogueira escreve:

Voltando ao Estado, vimos que o seu fim é a segurança dos direitos individuais, da liberdade e conservação e aperfeiçoamento da vida social. É seu fundamento a natural necessidade de um organismo para funções assecuratórias dos direitos individuais e conservadoras e aperfeiçoadoras dos interesses da vida coletiva. (1955, p.148)

A partir dessas premissas relativas ao papel do Estado, chega-se ao conceito contemporâneo de *crise*. Crise seria toda situação capaz de romper com o equilíbrio institucional vigente, ameaçando o Estado e a ordem jurídica. Conforme apontado por Fernando Whitaker da Cunha (1978, p. 110), citado por Dantas (1989, p. 24), na vida de uma comunidade política estatizada podem ocorrer situações de legalidade especial que impõem uma ação decisiva da autoridade constituída para a proteção do bem público e para sua própria preservação através de uma ação coercitiva e da restrição de direito.

Quando a Constituição é subitamente confrontada com uma situação não prevista em seu texto, essa pode encontrar-se em condições de garantir sua própria eficácia. Surge assim a distinção entre situações de normalidade e situações de exceção,

entre circunstâncias ordinárias e circunstâncias extraordinárias; surge assim o conceito de *crise* aplicado à Constituição (VILLALON, 1984, p. 17).

Em palestra proferida na cidade de Atenas em 2013, Agamben aborda o conceito de crise, estabelecendo sua vinculação na origem com a medicina e a teologia:

Um exemplo dessas noções não jurídicas que são utilizadas enquanto fatores instigadores de emergência é o conceito de crise. Para lá do significado jurídico de julgamento em tribunal, convergem na história deste termo duas tradições semânticas que, como vos será evidente, advêm do verbo grego *crino*: um verbo da medicina e da teologia. Na tradição médica, *crisis* significa o momento em que o médico tem de julgar e de decidir se o paciente irá morrer ou sobreviver. O dia ou os dias em que estas decisões são tomadas são chamados *crisimoi*, os dias decisivos. Na teologia, a *crisis* é o último julgamento proclamado por Cristo no fim dos tempos. Como podem ver, o que é essencial em ambas as tradições é a ligação a um momento específico no tempo. Na utilização presente do termo, é abolida esta ligação. A crise e o julgamento são separados do seu correspondente temporal e coincidem agora com o decurso cronológico do tempo, de modo que, não apenas na economia e na política, mas em todos os aspectos da vida social, a crise coincide com a normalidade e torna-se, deste modo, apenas uma ferramenta de governo. (AGAMBEN, 2013, s/p) (sic)

Vê-se, portanto, que o conceito atual de crise, sob o qual se desenvolvem as regulamentações de *legalidade especial*, está fundado na ideia de necessidade, diante de uma ameaça à estabilidade e permanência do Estado e da ordem social e/ou jurídica. Essa necessidade justificaria a atuação do soberano fora dos limites formais da Constituição sob o pretexto de garantir sua própria eficácia. Parece evidente, nesse sentido, a aproximação com os conceitos de *necessitas legem non habet* e razão de Estado, conforme se desenvolveram desde o império Romano, e mesmo com a argumentação de Hobbes no sentido de o Estado deter todo o poder com a finalidade de se conservar.

Com o estabelecimento do paradigma do Estado Democrático de Direito e a tendência de adoção de constituições analíticas em detrimento das chamadas constituições sintéticas, a temática das crises passa a ser pautada especificamente pelo texto constitucional em uma tentativa de definir as situações que autorizariam medidas de *legalidade especial* e a regulamentação a ser empregada nessas hipóteses.

2.2 Sistema constitucional das crises

A dogmática do Estado de Direito tende à transcrição dos interesses políticos em termos jurídicos. Ou seja, os problemas são abordados na linguagem do direito e tratados através das categorias do entendimento jurídico, impulsionando sua revisão. O

direito se transformou em um recurso do qual os políticos já não podem prescindir e uma arma privilegiada no combate político, uma vez que a legitimação dos argumentos trocados será tanto mais forte quanto esses sejam cunhados no bronze do direito (CHEVALLIER, 2013, p. 115).

Essa juridicização oferece aos constitucionalistas uma ocasião privilegiada para assentar sua autoridade e estender a sua influência. O desenvolvimento da jurisprudência do Conselho constitucional permitiu, na França, o alargamento das fronteiras de aplicação do direito constitucional, que veio capitanear os diferentes ramos do direito, mas também lhes dar seus títulos de legitimidade. O referido processo de ascensão ao poder se produz primeiro no campo científico, nas palavras de Chevallier:

[...] enquanto a afirmação da supremacia do direito constitucional lhe serve para estabelecer a sua própria hegemonia sobre os especialistas dos outros ramos do direito, os constitucionalistas reivindicam, em relação aos demais cientistas do direito, o monopólio do saber sobre as instituições; a inversão da relação de forças entre constitucionalistas e *politistas*¹² nesse terreno nada mais é que a retranscrição no campo científico do deslocamento da relação direito/política. (CHEVALLIER, 2013, p.116).

A expansão do direito constitucional lhes dá também, portanto, possibilidades novas de intervenção no debate político, pois os atores de tal debate têm necessidade de argumentos jurídicos para escoar as suas pretensões, sendo os constitucionalistas – auto proclamados especialistas dos especialistas – os mais bem situados para fornecer tais argumentos.

Nesse sentido, a Constituição passa a estabelecer medidas destinadas à defesa do Estado e de suas instituições. Fala-se então em direito constitucional de crise ou legalidade especial, conforme visto acima, buscando-se fixar o alcance, os limites e as garantias das medidas excepcionais, inclusive as referentes ao retorno à normalidade. Como exemplo de autor associado à dogmática constitucional tradicional, temos Kildare Carvalho (2010, p. 1424) para quem as medidas excepcionais devem ser necessárias, adequadas e proporcionais “para o restabelecimento da normalidade institucional, cuja utilização ficara na dependência de uma causa de justificação que exclua a ideia de ilicitude pelos fatos e medidas adotados para a defesa da ordem constitucional.”.

Segundo Santos (1981, p. 32), pode-se definir sistema constitucional das crises como o conjunto ordenado de normas constitucionais, que, informadas pelos princípios

¹² A expressão francesa *politista*, que talvez possa ser usada igualmente em português, significa pessoa especializada no estudo da ciência política. (CHEVALLIER, 2013, p.116)

da necessidade e da temporariedade, têm por objeto as situações de crises e por finalidade a manutenção ou o restabelecimento da normalidade constitucional.

A ideia é que a Constituição pode, e deve, ter incorporado em seu conteúdo uma resposta à crise, que, nas palavras de Villalon (1984, p. 18-19):

No puede ser otra que la de incorporar a su ordenamiento, a su proyecto, otro modo de organización del poder, un modo de organización alternativo del poder que, ciertamente, supone la negación temporal del orden constitucional em principio previsto, pero que tiene, frente a la opción anterior, al menos aparentemente, la ventaja de, 1º, mantener la eficacia formal de la Constitución como *Constitución alternativa* de emergencia, evitando el fenómeno siempre penoso de imposición de la fuerza normativa de lo fáctico, 2º, de facilitar, en la medida de lo posible, la vuelta ordenada a la Constitución ordenada, a la Constitución *legítima*.

Este *derecho de excepción* funcionaria, así, como una típica garantía diacrónica, concretamente, como garantía de la Constitución frente a las situaciones de crisis. El problema específico de ésta frente a las anteriores es que se trata de una garantía de la Constitución que funciona como suspensión temporal de la Constitución misma.¹³

Em outras palavras, as Constituições, com o objetivo maior de se defenderem frente a momentos que as põem em perigo em razão de situações excepcionais, ou de emergência, admitem, no próprio conteúdo, regulamentação jurídica que poderá ser utilizada temporariamente, não à mercê da vontade dos governantes, mas dentro de parâmetros previamente estabelecidos. Significa afirmar que, mesmo em tais circunstâncias, não fica desprezada a legalidade constitucional, embora revestida de características próprias, que só haverão de justificar-se quando preenchidas certas condições (DANTAS, 1989, p. 24-25).

O sistema constitucional das crises entendido como o conjunto de normas constitucionais estruturadas, ordenadas e coerentes, tendo como ponto comum as crises, é fundado, portanto, nos princípios da *necessidade* e da *temporariedade*. O primeiro caracteriza-se pela ocorrência de situações que, pela sua gravidade, colocam em risco a estabilidade do regime, objetivando, por isso mesmo, a manutenção e a preservação da ordem constitucional e das instituições. O princípio da temporariedade significa que a exceção constitucional terá duração e prazo determinados. Esses princípios acarretam a

¹³ Não pode ser outra que não a de incorporar ao seu ordenamento, ao seu projeto, outra forma de organização do poder, uma forma alternativa de organização do poder que, certamente, suponha a negação temporária da ordem constitucional originalmente prevista, mas que apresenta, em comparação com a opção anterior, ao menos a vantagem de, 1º, manter a eficácia formal da Constituição como *Constituição alternativa* de emergência, evitando o fenômeno sempre penoso da imposição da força normativa; 2º, de facilitar, na medida do possível, o retorno ordenado à Constituição *legítima*. Esse *direito de exceção* funcionaria, assim, como uma típica garantia diacrônica, concretamente, como garantia da Constituição frente às situações de crise. O problema específico dessa garantia frente às anteriores é que se trata de uma garantia da Constituição que funciona como suspensão temporária da própria Constituição. (VILLALON, 1984, p.18-19)

decretação de medidas excepcionais que, por traduzirem uma legalidade especial, não podem ser efetivadas sem a ocorrência fundada em elementos seguros da emergência; não podem exceder os limites da defesa do regime e das instituições democráticas, nem quanto à natureza das medidas, nem quanto à extensão no espaço e duração no tempo, necessárias e suficientes; não se podem furtar ao controle político do Legislativo, ainda que *a posteriori*; e não podem fugir ao controle jurisdicional que repare desvios e abusos (CORRÊA, 1980, p. 28).

A constitucionalização do direito de necessidade estatal, para Canotilho (1998, p. 962), é a solução mais conforme com a “ideia constitucional”, porque é preferível ser a Constituição a definir os pressupostos dos estados de exceção¹⁴, a ter de recorrer-se a princípios de necessidade extra ou supraconstitucional, suscetíveis de manipulação a favor de uma qualquer razão de Estado ou de segurança e ordem pública, invocada por chefes ou governos, sem qualquer arrimo normativo-constitucional. Nas palavras do autor:

A regulamentação constitucional já é uma limitação: *enumeratio ergo limitatio*. Nesse sentido se pode acolher a afirmação de quanto mais um Estado se torna constitucional tanto mais se impõe a regulamentação constitucional do direito de necessidade (K. Stern). Concretizando melhor: se a ‘essência’ do Estado constitucional é a vinculação dos poderes públicos à Constituição, então não existe qualquer outra fonte de legitimidade, que não seja a ‘magna carta’ do país, relativamente à fixação de competências e à definição dos pressupostos objetivos dos estados de necessidade (K. Hesse). O direito de necessidade constitucional não é um direito fora da Constituição, mas um direito normativo-constitucional conformado. O regime das ‘situações de exceção’ não significa ‘suspensão da Constituição’ ou ‘exclusão da Constituição’ (exceção de Constituição), mas sim um ‘regime extraordinário’ incorporado na Constituição e válido para situação de anormalidade constitucional. (CANOTILHO, 1998, p. 962)

Note-se, no entanto, que o fato de as medidas de defesa do Estado serem ocasionadas por situações de exceção não previstas aprioristicamente e destinadas a enfrentá-las, faz com que não seja possível determinar-lhes o regime *a priori*, devendo esse ser decidido, em cada caso, pelo órgão competente (que nas palavras de Carl Schmitt, em sua obra *Political theology*, também pode ser entendido como o soberano, aquele que decide sobre o estado de exceção).

¹⁴ Alguns autores, com José Afonso da Silva (1989, p.633), entendem os institutos que integram esse sistema constitucional das crises (ex. o estado de sítio e o estado de defesa) como espécies do gênero Estado de Exceção. O presente trabalho, no entanto, como se verá detalhadamente adiante, parte do posicionamento de autores como Carvalho (2013, p. 1434) e Mendes, Coelho e Branco (2010, p. 1342), que distinguem por completo tais institutos do chamado Estado de Exceção, situação de fato que, estabelecida, implica o esvaziamento do direito e sua substituição por uma espécie de anomia transitória.

Jorge Miranda (1988, p. 311-312) observa, acerca das situações de exceção ou de necessidade, à luz da experiência histórico-comparativa e da teoria constitucional, que: *a)* as formas de organização e as providências para tempo de exceção e de crise se relevam diretamente da Constituição (em sentido institucional), escrita ou não, e não ficam à sua margem; não existem senão na medida em que dela decorrem; são meios de garantia, não de ruptura constitucional; *b)* tais formas de organização e tais providências são solidárias com a ideia de Direito vertida em cada Constituição, a dois títulos – por um lado, por terem de ser coerentes com essa ideia, com o modo como aí se estrutura o poder, com as demais instituições políticas, e, por outro lado e em última análise, por se destinarem a preservar não só o Estado mas também o regime político vigente; *c)* *salus populi suprema lex* – todavia, sempre de acordo com certo princípio de legitimidade, sempre utilizando determinadas formas jurídicas e sempre tendo em vista o restabelecimento da normalidade; *d)* não há, em cada Estado, duas Constituições aparelhadas – uma Constituição da normalidade e uma Constituição da necessidade; há uma só Constituição, assentos nos mesmos princípios e valores, embora com regras adequadas à diversidade de situações; *e)* a chamada suspensão da Constituição em estado de necessidade apenas pode ser parcial, traduzindo-se na aplicação – na medida das exigências desse estado – das normas previstas para o efeito, em vez das normas previstas para tempo de normalidade; mais do que uma vicissitude constitucional, trata-se de um específico fenômeno de aplicação de normas em circunstâncias diversas; *f)* no Estado Constitucional, representativo ou de Direito, com Constituição (em sentido material, e não só institucional), a extensão e a intensificação da normatividade acompanham-se da extensão e da intensificação das regras sobre situações de necessidade; o alargamento e o rigor do estatuto jurídico do Estado envolvem o rigor e o alargamento do estatuto jurídico das situações de necessidade; *g)* uma Constituição normativa acentua o caráter excepcional das situação de necessidade, mas, ao mesmo tempo, assume-as plenamente, sujeita-as ao império e ajusta os mecanismos de controle do poder a essas circunstâncias; *h)* num regime político baseado no respeito dos direitos e liberdades fundamentais, o estatuto das situações de necessidade centra-se na salvaguarde desses mesmos direitos e liberdades – se não pode deixar de admitir a sua suspensão, fá-lo na observância de precisos formalismos e com acrescidas garantias.

Tais apontamentos são a síntese da doutrina constitucional tradicional contemporânea acerca da regulamentação das situações de crise. No entanto, o embrião do sistema constitucional das crises pode ser identificado já entre os povos antigos –

hebreus, cartagineses e gauleses – entre os quais havia magistrados que se investiam de poderes extraordinários em certas circunstâncias. A Grécia antiga também conheceu as medidas excepcionais por meio da eleição do *esineta*, um tirano com poderes discricionários a serem exercidos em situações de anormalidade, caracterizadas pelas lutas internas. Eleito por tempo certo, o tirano demitia-se após a normalização do estado de guerra e a restauração da paz. Em Roma, a figura do ditador, que se assemelhava ao tirano grego, era invocada quando as situações de emergência determinavam a adoção de providências enérgicas, com a supressão de algumas instituições jurídicas, tais como a *intercessio*, a fim de que os demais magistrados não se opusessem às decisões superiores do ditador, e a *provocatio ad populum*, vedando, portanto, qualquer apelação das sentenças do ditador romano que, por isso mesmo, era considerado irresponsável por seus atos (CARVALHO, 2010, p. 1427).

Sem desconsiderar a possibilidade de se incorrer em eventuais anacronismos decorrentes da abordagem menos aprofundada (mas alinhada aos objetivos da pesquisa), é interessante mencionar o que Kildare Gonçalves de Carvalho destaca sobre o tema:

a ditadura romana compreendeu o período de 501 a.C. a 216 a.C., antes de se degenerar em instrumento de poder pessoal dos ditadores perpétuos (César e outros). O ditador romano que exercia poderes extraordinários era como o *esineta* grego, eleito para um período de seis meses, podendo-se identificar nessa temporariedade um remoto antecedente do estado de sítio. (2010, p. 1427)

Nos textos constitucionais atuais, o sistema constitucional das crises é, em geral, composto por variações dos chamados estados de sítio e estado de emergência, modelos que, como se analisará a seguir, têm suas origens na Europa, notadamente no Estado francês.

No decreto de 8 de julho de 1791 da Assembleia Constituinte Francesa encontramos a origem do instituto do estado de sítio. O referido documento fazia distinção entre *état de paix*, em que a autoridade militar e a autoridade civil agem cada uma em sua própria esfera; *état de guerre*, em que a autoridade civil deve agir em consonância com a autoridade militar; e *état de siège*, em que todas as funções de que a autoridade civil é investida para a manutenção da ordem e da política internas passam para o comando militar, que as exerce sob sua exclusiva responsabilidade (AGAMBEN, 2004, p. 16).

O estado de sítio, previsto na França por um Decreto de 10 de julho de 1791, como instrumento excepcional de defesa do Estado (sua origem remonta à cidade

sitiada, cercada, que, para a defesa comum, levava a autoridade militar a praticar atos arbitrários que excediam o respeito aos direitos individuais), constitui-se no mecanismo preferido das Constituições liberais. O estado de sítio consiste na suspensão temporária e localizada das garantias constitucionais, ou mais explicitamente, no regime excepcional das liberdades públicas caracterizado pela suspensão localizada e temporária, autorizada pela Constituição para ocasiões de greve crise, de todas ou algumas garantias (CARVALHO, 2010, p.1428).

A história posterior do estado de sítio é a história de sua progressiva emancipação em relação à situação de guerra à qual estava ligado na origem, para ser usado, em seguida, como medida extraordinária de polícia em caso de desordens e sedições internas, passando, assim, de efetivo ou militar a fictício ou político. A origem do termo *estado de sítio fictício ou político* remonta, segundo Agamben (2004, p. 15), à doutrina francesa, em referência ao decreto napoleônico de 24 de dezembro de 1811, o qual previa a possibilidade de um estado de sítio que podia ser declarado pelo imperador, independentemente da situação efetiva de uma cidade sitiada ou diretamente ameaçada pelas forças inimigas.

Após o decreto napoleônico, o estado de sítio foi expressamente mencionado no *Acte additionnel* à Constituição de 22 de abril de 1815, que restringia sua declaração a uma lei. Desde então, na França, a legislação sobre o estado de sítio marca o ritmo dos momentos de crise constitucional no decorrer dos séculos XIX e XX.

Na Inglaterra, menciona-se a Lei Marcial. Nas palavras de Albert Veen Dicey (1902, p. 249-250 *apud* SANTOS, 1981, p. 27), a Lei Marcial serve para designar “o direito que em *common law* possuem a Coroa e seus agentes, de repelir a força pela força em casos de insurreição, tumulto ou mais geralmente de resistência violenta à lei”. Para Carlos Sanchez Viamonte (*apud* SANTOS, 1981, p. 37), “diante de Marte, deus da guerra, a ordem jurídica normal não tem condições de vicejar, no que é substituída pela Lei Marcial”, que origina um sistema *sui generis* de poder e vontade governamental, no qual “legisla-se por meio de éditos, estranhos à ordem jurídica, nos quais a força se impõe arbitrariamente, irresponsavelmente”.

A Constituição estadunidense de 1787 estabeleceu em seu artigo I, 9ª Seção, n. 2, a suspensão do habeas corpus como meio necessário à salvaguarda da ordem constitucional em casos de rebelião ou invasão. O constitucionalismo norte-americano incorporou, ainda, o modelo inglês da lei marcial para as situações de extrema necessidade.

A *Constitución de la Nación Argentina* (1853 e emendas) prevê o estado de sítio (art. 23), desdobrando-o em várias passagens. O texto do referido artigo é repetido praticamente sem alterações no art. 23 da constituição argentina de 1994.

A Constituição Mexicana de 1917 erigiu, no art. 29, seu mecanismo de defesa para casos de invasão, perturbação da paz pública ou qualquer outra hipótese que coloque a sociedade em grande perigo ou conflito.

A seu turno, a Constituição de Weimar de 1919, acolhendo o figurino francês do *État de Siège*, deu em seu artigo 48 novo fundamento ao instituto, na medida em que autorizou, pela primeira vez, o Presidente da República, e não o Parlamento a declarar o ato (SANTOS, 1981, p. 28).

A *Costituzione della Repubblica Italiana* (1947) refere-se apenas a estado de guerra (art. 78), sem apresentar definição mais específica.

A Constituição portuguesa (1976) utiliza a expressão “suspensão do exercício de direitos” (art. 19) e prevê que o estado de sítio ou o estado de emergência só podem ser declarados, no todo ou em parte do território nacional, nos casos de agressão efetiva ou iminente por forças estrangeiras, de grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática ou de calamidade pública.

A *Constitución Española* (1978) fala, em seus artigos 55, 116 e 117, em suspensão dos direitos e liberdades durante os chamados *estados de alarma - de excepción y de sitio*.

A Constituição do Peru de 1979 dedica seu art. 231 ao *Regimen de Excepción*. A atual constituição peruana prevê do capítulo VII, art.137, à semelhança da constituição espanhola, os *estados de alarma, de excepción y de sitio*.

Estabelecida a origem do estado de sítio, há que se retornar à França para apontar a origem da outra modalidade usual integrante do sistema constitucional das crises, conforme já mencionado acima, qual seja, o estado de emergência.

Nesse sentido, é preciso mencionar o artigo 16 da Constituição francesa de 1958, inspirado por De Gaulle, então Presidente do Conselho de Ministros, e que não via no estado de sítio o instrumento próprio para debelar a crise que se instaurara na França da IV República, considerando-se ainda a questão da Argélia, em face da guerra de argelinos e árabes contra a França e os franceses que lá residiam, em busca da libertação nacional.

Dispõe, o citado artigo:

Quando as instituições da República, a independência do país, a integridade do seu território ou o cumprimento de seus compromissos internacionais estiverem ameaçados de maneira grave e imediata, e o funcionamento regular dos poderes públicos constitucionais estiver interrompido, o Presidente da República tomará as medidas exigidas por essas circunstâncias, após consultar oficialmente o Primeiro Ministro, os Presidentes das Assembleias bem como o Conselho Constitucional.

O Presidente da República informará a nação por meio de uma mensagem.

Tais medidas deverão ser inspiradas por um desejo de garantir aos poderes públicos constitucionais, com a mínima demora, os meios de cumprir sua missão. O Conselho Constitucional será consultado a respeito.

O Parlamento se reunirá de pleno direito.

A Assembleia Nacional não poderá ser dissolvida durante o exercício dos poderes extraordinários. (FRANÇA, 1958.)

Como se vê, os poderes extraordinários do Presidente da República vão além das medidas correspondentes ao estado de sítio. Conforme observa Jimenez de Parga (*apud* CARVALHO, 2010, p. 1428), basta ler o art. 16 para ver que a V República francesa se acha atrás da República romana, pois são menos numerosos os requisitos que o citado preceito exige para que apareça o Presidente da República convertido em ditador, que os exigidos na antiga Roma para que esse surgisse.

Inspirados no modelo francês de resposta pronta às situações de anormalidade, diversos povos, em diferentes continentes, juridicizaram, com regramentos particulares, o estado de emergência. O instituto está inscrito nas Constituições da Venezuela, de 23 de janeiro de 1961, arts. 240 *usque* 244; da República do Senegal, de 7 de março de 1963, art. 58; da República Socialista da Iugoslávia, de 7 de abril de 1963, art. 238; da República de Zâmbia, de 24 de outubro de 1964, art. 29; da República Árabe do Egito, de 11 de setembro de 1971, art. 148; do Reino de Marrocos, de 1º de março de 1972, art. 35; da República Portuguesa, de abril de 1976, art. 19; da República Federativa do Brasil, de 1967, com a emenda n.11, de 13 de outubro de 1978, arts. 158 e 158, e na de 1988, nos arts. 136 a 141.

Um exame da previsão dos regimes constitucionais de crise nas tradições jurídicas dos Estados ocidentais mostra, segundo Agamben (2004, p. 22-23), uma divisão – clara quanto ao princípio, mas de fato muito mais nebulosa – entre ordenamentos que inserem a regulamentação acerca da crise no texto constitucional ou em uma lei, e ordenamentos que optam por não regulamentar explicitamente o problema. Ao primeiro grupo pertencem a França e a Alemanha; ao segundo, a Itália, a Suíça, a Inglaterra e os Estados Unidos. Também a doutrina se divide, respectivamente, entre autores que defendem a oportunidade de uma previsão constitucional ou legislativa dos chamados estados de exceção e outros, dentre os quais se destaca Carl

Schmitt, que criticam sem restrição a pretensão de se regular por lei o que, por definição, não pode ser normatizado.

Essa distinção é apontada também por Kildare Carvalho que, adotando a terminologia de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, considera como flexíveis todos os sistemas de emergência que não predeterminam as ações de resposta por ocasião de grave crise, autorizando as medidas que forem necessárias, em cada caso concreto, para o restabelecimento da normalidade. Por outro lado, seriam rígidos, todos os sistemas em que o rol de medidas extraordinárias que a declaração de emergência consente é predeterminado, sendo taxativamente enumerado na lei (2010, p. 1426-1427).

Se no plano da constituição formal, a distinção é bastante relevante, no âmbito da constituição material, algo como um estado de exceção existe em todos os ordenamentos mencionados e a história do desenvolvimento do instituto, pelo menos a partir da Primeira Guerra Mundial, mostra que seu avanço é independente de sua formalização constitucional ou legislativa (AGAMBEN, 2004, p. 23).

Para além da juridicização dos interesses políticos, com o crescente protagonismo do Judiciário na contemporaneidade, têm-se também o fenômeno da judicialização desses temas. Ingerborg Maus aborda a crescente ingerência do Judiciário na vida dos cidadãos e nos assuntos do Estado em geral sob a perspectiva da psicanálise e afirma que a sociedade órfã promove a infantilização dos sujeitos, enfraquecendo sua consciência das relações de dependência. Assim, para a autora, indivíduos e coletividades podem ser facilmente dirigidos e transformados em objetos administrados pela legalidade objetiva e pelos mecanismos funcionais da sociedade industrial evoluída. Conforme explica a autora:

[...] não se trata simplesmente da ampliação do objetivo da função de justiça pela expansão de seu poder de interpretação, por um crescente entusiasmo processual e, especialmente, pela imposição do controle de constitucionalidade da atividade legislativa. Esse processo também é acompanhado por um entendimento do Judiciário por parte da população que assume traços de uma veneração religiosa. (MAUS, 2010, p. 16-17)

A relação da extensão da intervenção do Judiciário com o desvirtuamento dos propósitos constitucionais será abordada mais adiante, especialmente no que se refere à atuação do Supremo Tribunal Federal. No entanto, é importante que se entenda, desde logo, o sentido jurídico e político atribuído ao que alguns autores denominam de decisionismo (ADVERSE, 2013, p.77-84). Nesses domínios – jurídico e político – encontramos a articulação entre o problema da decisão e o tema da justiça, na medida

em que se aceita a premissa de que todo sistema normativo é afetado por uma insuficiência, que pode ser traduzida como a incapacidade de abarcar as situações concretas em sua totalidade, deve-se aceitar também que a essa incompletude corresponde uma decisão que visa restabelecer a ordem. Nas palavras de Helton Adverse (2013, p. 79), “daí é possível inferir uma segunda fórmula [...]: “toda ordem repousa sobre uma decisão”.”. Em um Estado constitucional, como o Brasil, a última palavra a respeito da interpretação do texto da Constituição cabe, na prática e a despeito da previsão de um sistema democrático, ao Judiciário.

A despeito dessas breves considerações que fogem à dogmática constitucional – condutora do presente tópico – e que serão retomadas adiante, é importante estabelecer que o Estado brasileiro se insere entre aqueles que pretendem incorporar a regulamentação acerca da crise no texto constitucional (modelo rígido), primando, portanto, pela soberania da Constituição.

2.3 Panorama do sistema constitucional das crises no ordenamento jurídico brasileiro

Outorgada por D. Pedro I, a Carta Imperial de 1824 foi inspirada no constitucionalismo inglês, pelo que incorporou a ideia de que é constitucional apenas aquilo que diz respeito aos poderes do Estado e aos direitos e garantias individuais. Analisando o texto da referida Carta, Octaciano Nogueira (2012, p. 9) afirma que “o que se espera de qualquer documento constitucional é que ele possa regular de maneira estável, e sem necessidade de frequentes mudanças, a vida institucional do país, inclusive nos momentos de crise”, reforçando, portanto, a ideia de que a constituição ideal deve prever expressamente as medidas excepcionais que poderão ser adotadas em períodos de emergência ou necessidade especial.

Nesse sentido, a Carta brasileira de 1824 – que ainda detém o recorde de maior tempo em vigor dentre as sete que tivemos, tendo sido revogada pelo governo republicano, em 1889, após 65 anos de sua promulgação – previu a possibilidade de sua suspensão, por tempo determinado, nos casos de rebelião ou invasão de inimigos, inserindo ainda no art. 179, inciso XXXV, a previsão de um controle posterior das ações adotadas durante o período excepcional.¹⁵

¹⁵ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte.

Assim, a Constituição de 1824 não serviu apenas para os momentos de estabilidade política, conseguida, no Império, a partir da Praieira (1848-1849), que foi a última rebelião de caráter político no período monárquico. Serviu, também, com a mesma eficiência, para as fases de crise que se multiplicaram numa sucessão interminável de revoltas, rebeliões e insurreições, entre 1824 e 1848 (NOGUEIRA, 2012, p. 10).

A Constituição de 1891, que marca a inauguração da República brasileira, por sua vez, é a primeira a empregar o termo *estado de sítio* e, vale dizer, o referido instituto foi amplamente utilizado durante sua vigência. Conforme aponta Aliomar Baleeiro (2012, p. 37), nos 40 anos da 1ª República, apenas durante o quadriênio de Campos Sales (1889-1903) não houve decretação de estado de sítio. Talvez por isso, em 1910, Rui Barbosa, figura de extrema relevância neste período, passou a defender a necessidade de revisão do texto constitucional, apontando como um dos objetivos desejáveis a imposição de restrições ao estado de sítio.¹⁶ A reforma de fato ocorreu, em 1926, e teve sua proposta submetida à discussão e votação do Congresso estando em vigor um estado de sítio.

Em linhas gerais, o texto constitucional de 1891 previa a competência privativa do Congresso Nacional para declaração de estado de sítio em casos de emergência de agressão por forças estrangeiras ou de comoção interna, bem como para a aprovação ou suspensão do sítio que tivesse sido declarado pelo Poder Executivo, ou seus agentes responsáveis, na ausência do Congresso (art.34, inciso 21). Assim como a Constituição

[...]

XXXIV. Os Poderes Constitucionais não podem suspender a Constituição, no que diz respeito aos direitos individuais, salvo nos casos, e circunstâncias especificadas no parágrafo seguinte.

XXXV. Nos casos de rebelião, ou invasão de inimigos, pedindo a segurança do Estado, que se dispensem por tempo determinado algumas das formalidades, que garantem a liberdade individual, poder-se-á fazer por acto especial do Poder Legislativo. Não se achando porém a esse tempo reunida a Assembleia, e correndo a Pátria perigo iminente, poderá o Governo exercer esta mesma providência, como medida provisória, e indispensável, suspendendo-a imediatamente que cesse a necessidade urgente, que a motivou; devendo num, e outro caso remeter à Assembleia, logo que reunida fôr, uma relação motivada das prisões, e d'outras medidas de prevenção tomadas; e quaesquer Autoridades, que tiverem mandado proceder a elas, serão responsáveis pelos abusos, que tiverem praticado a esse respeito. (sic)

¹⁶ Neste período temos o que talvez seja um dos primeiros exemplos documentados de extrapolação dos limites do sistema constitucional das crises, evidenciando a insegurança desse e o papel fundamental exercido pelo soberano. Conforme relata Aliomar Baleeiro (2012, p. 44), em 6 de abril de 1892, treze generais protestam contra a falta de convocação da eleição presidencial e “Floriano reage prendendo e deportando vários civis, inclusive parlamentares, os quais gozavam de imunidades. Rui apressa-se em requerer um *habeas corpus* em favor dos presos, que permaneciam no cárcere ou no desterro, após extinguir-se o prazo de 72 horas do estado de sítio”. No entanto, a despeito de ter-se extinguido o prazo das prisões, o Supremo Tribunal lhe nega a ordem pedida.

anterior, no art. 80, achavam-se as previsões de temporariedade da medida e responsabilidade das autoridades por eventuais abusos cometidos.

Com a Revolução de 30 instaura-se o Governo Provisório com Getúlio Vargas à frente. O então governador convocou a Constituinte que, ao fim de seus trabalhos, em julho de 1934, o elegeu Presidente.

A Constituição de 1934, cujo anteprojeto havia tratado da defesa nacional, fala, pela primeira vez, em segurança nacional (Título VI, arts. 159 e segs.). As questões afetas a esse tema seriam estudadas e coordenadas pelo Conselho Superior de Segurança Nacional, presidido pelo Presidente da República e pelos Ministros de Estado, bem como pelos chefes do Estado-Maior do Exército e da Armada (art. 159). Havia, assim, o Conselho de Segurança Nacional.

Esta Constituição disciplina de maneira muito mais detalhada o estado de sítio estabelecendo em seu art. 175, além das garantias asseguradas pelas constituições que lhe antecederam, que esse não seria decretado por mais de noventa dias (podendo ser prorrogado, no máximo, por igual prazo, de cada vez); um *rol* das medidas de exceção admitidas no período; e que fosse elaborada lei especial a fim de regular o estado de sítio em caso de guerra, ou de emergência de guerra.

A Constituição de 1937 é a primeira a mencionar o termo *estado de emergência* (art. 166 a 170), adotando-o, no entanto, em substituição ao termo estado de sítio – que não aparece no texto constitucional – e não com a conotação que atualmente se confere, por exemplo, ao estado de defesa. A distinção mais significativa do texto de 1937 em relação ao seu anterior é a inexistência de previsão de prazo para a duração do estado de emergência.

As eleições de 1945 enviaram à Assembleia Nacional Constituinte Deputados e Senadores de vários partidos nacionais e os trabalhos, que não tiveram por base nenhum anteprojeto, foram iniciados em 1946. Na primeira sessão, o Deputado Hermes Lima salientou que a obra seria mais de restauração do regime destruído pelo golpe de 1937 e, nas palavras de Aliomar Baleeiro e Barbosa Lima Sobrinho (2012, p. 10), “realmente, essa tendência restauradora das linhas de 1891 com as inovações aproveitáveis de 1934 (disposições de proteção aos trabalhadores, à ordem econômica, à educação, à família etc.) foi característica do texto que veio a ser promulgado”.

Constituição de 1946 retoma o termo *estado de sítio* e dispõe sobre esse nos arts. 206 a 215 que estabelecem, dentre outras coisas: a possibilidade de sua adoção em caso de guerra externa, diferentemente do previsto nas duas constituições anteriores que

indicavam a necessidade de elaboração de legislação própria para esse tipo de situação; e o prazo máximo de trinta dias (prorrogáveis por no máximo mais trinta de cada vez) para a vigência do estado de sítio decretado apenas em razão “de comoção intestina grave ou de fatos que evidenciem estar a mesma a irromper”, reduzindo-se, portanto, o prazo estipulado no texto constitucional de 1934.

O presidencialismo da Constituição Federal de 1946 foi marcado por levantes militares e golpes de Estado de diversa intensidade até o golpe final de 1964.¹⁷

A partir desse cenário, surge a Constituição de 1967. Em sua Mensagem encaminhando o Projeto de Lei Maior ao Congresso Nacional, o Presidente Castello Branco assinalou que a “continuidade da obra revolucionária deverá ficar assegurada por uma nova Constituição, que, a par da unidade e harmonia, representa a institucionalização dos ideais e princípios que a inspiram” (CAVALCANTI; BRITO e BALEEIRO, 2012, p. 31).

O texto constitucional de 1967 prevê o estado de sítio, originalmente, em seus arts. 152 a 156 e o faz seguindo as balizas lançadas pelos textos anteriores. No entanto, com o prosseguimento do regime instalado, em 1969, entra em vigor a Emenda Constitucional nº1 que altera, dentre outras coisas o prazo máximo de vigência do estado de sítio que era de 60 dias (art. 153 do texto original) e passa a ser de 180 (art. 156).

¹⁷ 1º) Agitação em torno da tese da maioria absoluta, em 1951, como indispensável à eleição presidencial de Vargas; não foi possível submeter o caso ao STF porque militares getulistas (Zenóbio e Estilac) fizeram pressão sobre os civis; 2º) “Manifesto dos coronéis” (janeiro de 1954), forçando a exoneração de João Goulart, Ministro do Trabalho, e provocando também a do Ministro da Guerra, Ciro Espírito Santo; 3º) Deposição de Vargas, entre 22 e 24 de agosto de 1954, pelos Generais, Brigadeiros e Almirantes, após a tentativa de assassinato de Carlos Lacerda e homicídio do Major Rubens Vaz (reação dos oficiais da Aeronáutica, “República do Galeão”, etc.). A opinião pública apoiou esse levante emocionada com as ameaças da “República Sindicalista”, de Jango, o escândalo da *Última Hora*, o atentado contra Lacerda por homens da guarda pessoal do Presidente, comandada pelo “anjo negro” Gregório, que gozava de enorme prestígio presidencial e era pessoa de confiança do famoso “Beijo” Vargas; 4º) Golpe de Estado do General Lott, Ministro da Guerra, em 10 de novembro de 1955, depondo o Presidente interino Antônio Carlos Luz, que se transferira para o cruzador Tamandaré, alvejado pelas fortalezas da barra do Rio; 5º) O golpe de Lott contra Café Filho, o Presidente que o nomeou, sequestrando-o e impedindo-o de reassumir suas funções, quando se recuperou de um incômodo circulatório que o fizera transmitir o cargo a Carlos Luz e recolher-se a uma casa de saúde. Foi decretado, então, o único estado de sítio depois da Constituição Federal de 1946; 6º e 7º) Os levantes de Aragarças e Jacareacanga contra o Presidente Kubitschek, prontamente sufocados em 1956 e 1957; 8º) Tentativas de golpes dos Ministros militares (Deny, Rademacker e Moss) de 25 a 30 de agosto de 1961, para evitar a posse do Vice Jango, quando o Presidente Jânio Quadros renunciou a 25 de agosto de 1961. Jânio, segundo reconheceu seu *alter ego*, o Ministro Pedroso Horta, pretendia, talvez, por um golpe de surpresa, cercear as atribuições do Congresso e exercer um Executivo ditatorial. Resolveu-se pela promulgação do Ato Adicional (Emenda no 4); 9º) Levante dos sargentos de Brasília, em setembro e outubro de 1963; 10º) Levante dos marinheiros na Semana Santa (a última) em março de 1964; 11º) Finalmente, a Revolução de 30 de março a 1º de abril de 1964, com a deposição de Jango. (BALEEIRO e SOBRINHO, 2012, p.18-19)

Findo o Regime Militar, tem início o processo de redemocratização e também o processo de elaboração de novo texto constitucional.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) incorpora além do estado de sítio, previsto na maioria absoluta das constituições brasileiras anteriores, o *estado de defesa*, em substituição às medidas de emergência instituídas pela Emenda Constitucional nº 11, de outubro de 1978. A respeito, Ivo Dantas (1989, p. 36) aponta as semelhanças da redação do art. 136 da atual Constituição com o art. 155 do texto constitucional de 1967, oriundo da Emenda Constitucional nº 11 de 1978, e cogita a possível inspiração de ambos no art.16 da Constituição Francesa de 1958. O estado de defesa, conforme previsto no art. 136 da CRFB/88 tem, no entanto, características mais amplas e precisas do que as medidas de emergência, especialmente quanto ao poder de iniciativa, aos órgãos de consulta, a finalidade, ao alcance, a duração e ao controle.

Dispõe o art. 136 da CRFB/88 que:

“o Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza”.

São condições de fundo¹⁸ do estado de defesa a ocorrência de grave e iminente instabilidade institucional que ameace a ordem pública ou a paz social, e a existência de calamidade de grandes proporções na natureza que atinja a ordem pública ou a paz social. As condições formais¹⁹ do estado de defesa, conforme classificação de Kildare Carvalho (2010, p. 1429-1430), são: *a)* prévia manifestação dos Conselhos da República e de Defesa Nacional, cujos pronunciamentos têm caráter meramente consultivo, não vinculando, portanto, o Presidente da República²⁰; *b)* decretação pelo Presidente da República; *c)* fixação do prazo de duração do estado de defesa (que não poderá ser superior a trinta dias, podendo ser prorrogado uma vez, por igual período); *d)*

¹⁸ Assim consideradas, conforme conceito de Aricê Moacyr Amaral (1981, p.81-87), as condições que encerram os pressupostos revelados pelo Direito como de real e imediato perigo à existência do Estado, da ordem constitucional e das suas instituições, e os interesses objeto de sua proteção jurídica.

¹⁹ Conforme conceito de Aricê Moacyr Amaral (1981, p.81-87), as condições de forma referem-se aos aspectos extrínsecos juridicizados na Constituição como necessários à formação jurídico-existencial da medida excepcional.

²⁰ Ivo Dantas (1989, p. 44) lembra que, na hipótese de haver divergência entre os dois Conselhos, ou seja, “um entendendo que deva ser decretado o estado de defesa e o outro entendendo de modo contrário”, o Presidente da República deverá acatar a decisão do Conselho da República pelo maior sentido de representatividade que possui.

especificação das áreas a serem por ele abrangidas; e) indicação das medidas coercitivas dentre as previstas no §1º do art. 136.

Quanto ao alcance, o estado de defesa poderá implicar nas seguintes medidas coercitivas: restrições ao direito de reunião, ainda que exercida no seio das associações; restrições ao direito de sigilo de correspondência; restrições ao direito de sigilo de comunicação telegráfica e telefônica; e ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública.

O controle político do estado de defesa (§§ 4º, 5º, 6º e 7º do art. 136) consiste na avaliação por parte do Congresso Nacional do decreto presidencial que estabelece o estado de defesa ou sua prorrogação. O presidente tem vinte e quatro horas após a decretação para submeter o ato com a respectiva justificação ao Congresso que, caso encontre-se em recesso, será convocado extraordinariamente no prazo de dez dias.

Haverá ainda controle legislativo *a posteriori*, previsto no art. 141. Em outras palavras, cessado o estado de defesa, cessarão também os seus efeitos, e as medidas aplicadas serão relatadas pelo Presidente da República, em mensagem ao Congresso Nacional, com especificação e justificativa das providências adotadas, bem como com relação nominal dos atingidos.

O controle pelo Judiciário encontra-se previsto no §3º, incisos I a III, do art. 136, pelo que seria razoável assumir que o Judiciário poderá reprimir abusos e ilegalidades cometidos durante o estado de crise constitucional, no entanto, conforme aponta Alexandre de Moraes (2011, p. 740), em relação “à análise do mérito discricionário do Poder Executivo (no caso do Estado de Defesa) [...] a doutrina dominante entende impossível, por parte do Poder Judiciário, a análise da conveniência e oportunidade política para a decretação”.

A atual Constituição da República Federativa do Brasil consagra ainda o estado sítio, previsto nos arts. 137 a 139, como instrumento de defesa do Estado e das Instituições Democráticas, estabelecendo para tal instituto duas modalidades comumente denominadas na literatura especializada de repressiva e defensiva. O estado de sítio repressivo é aquele de que trata o art. 137, inciso I, ou seja, aquele que tem como pressuposto material a ocorrência de uma comoção grave, de repercussão nacional, que não possa ser contida com os instrumentos normais de segurança, ou a ocorrência de fatos que comprovem a ineficiência do estado de defesa. Por sua vez, o estado de sítio defensivo, previsto no inciso II do art. 137, é aquele que tem como

pressuposto material a declaração de guerra ou agressão armada estrangeira (CARVALHO, 2010, p. 1431).

Assim, analisadas as condições de fundo do estado de sítio, evidencia-se que a diferença desse em relação ao estado de defesa é de grau, na medida em que o primeiro pressupõe a ocorrência de situações de maior gravidade. Em decorrência dessa diferenciação, surge a segunda diferença entre o estado de defesa e o estado de sítio: enquanto para o estado de defesa exige-se apenas o decreto do Presidente da República (art. 136, §1º), que, a seguir, é remetido para exame do Congresso Nacional (art. 136, §4º), no estado de sítio o Presidente da República precisa, primeiro, solicitar ao Congresso Nacional autorização para a sua decretação (art. 137, caput).

São condições de forma do estado de sítio: *a)* prévia manifestação dos Conselhos da República e de Defesa Nacional, cujos pronunciamentos têm caráter meramente consultivo; *b)* decretação pelo Presidente da República, após autorizado pelo voto da maioria absoluta do Congresso Nacional; *c)* fixação do tempo de duração do estado de sítio, que não poderá ser superior a trinta dias, nem prorrogado, de cada vez, por prazo superior (quando se tratar de estado de sítio defensivo poderá ser prorrogado pelo tempo que perdurar a guerra ou agressão); e *d)* normas necessárias à execução.

Nas hipóteses do art. 137, inciso I, só poderão ser adotadas as medidas coercitivas previstas no art. 139, incisos I a VII. Em relação à decretação de estado de sítio nos termos do art. 137, inciso II, em tese, qualquer garantia constitucional poderá ser suspensão, desde que tenham sido observados os princípios da necessidade e da temporariedade, tenha havido prévia autorização por parte do Congresso Nacional e, nos termos do art. 138, tenha sido indicado no decreto do estado de sítio a sua duração, as normas necessárias à sua execução e as garantias que ficarão suspensas (ARAÚJO e NUNES JUNIOR, 2006, p. 315).

O controle político do estado de sítio cabe ao Congresso Nacional: antes de sua decretação, na medida em que é o legitimado para autorizar o decreto do sítio; durante sua vigência, porquanto a Mesa do Congresso Nacional deverá designar Comissão temporária para acompanhar e fiscalizar a execução das medidas referentes ao estado de sítio; posteriormente à cessação do estado de sítio, uma vez que o Presidente da República deve apresentar ao Congresso Nacional relatório das medidas aplicadas, constando justificativa para adoção das mesmas e relação nominal dos atingidos.

Há ainda a possibilidade de controle jurisdicional, na medida em que o art. 141 estabelece que, cessado o estado de sítio, cessarão também seus efeitos, sem prejuízo da

responsabilidade pelos ilícitos cometidos por seus executores ou agentes. Conforme aponta Kildare Carvalho (2010, p. 1433), mesmo durante a execução das medidas excepcionais, não se afasta por completo o controle jurisdicional, em virtude da previsão do art. 5º, inciso XXXV, ou seja, havendo abuso ou excesso de poder, o prejudicado poderá recorrer ao Poder Judiciário.

Diante desse breve panorama do desenvolvimento do sistema constitucional das crises no ordenamento jurídico brasileiro, é possível afirmar que, a despeito de se destinarem à proteção dos direitos fundamentais, das instituições democráticas e do Estado em si, os institutos por ele regulados – atualmente o estado de defesa e o estado de sítio – estão sempre atrelados a conceitos jurídicos abertos como os de necessidade, adequação e emergência. Ademais, possivelmente em razão do caráter de imprevisibilidade inerente às crises, por mais que se pretenda um sistema rígido, com um rol predeterminado de medidas de emergência, todas as Constituições deixaram grande margem para a atuação subjetiva dos encarregados pela decretação ou prorrogação dos estados de emergência.

Nesse sentido, mesmo as estratégias de controle estabelecidas restam limitadas seja pela discricionariedade do Presidente da República que dificilmente poderá ser questionada, seja pelo inegável caráter político que permeia a vigência desses estados e, inegavelmente, afeta a atuação de magistrados e membros do Congresso Nacional que, por sua vez, também encontram grande margem para subjetivismos no texto constitucional.

Diante desse contexto surge o risco iminente de extrapolação dos limites originalmente desenhados (pelo direito para a suspensão do direito), instaurando-se o que a doutrina constitucional chama de estado de exceção.

2.4 O estado de exceção no direito constitucional

O núcleo das medidas relacionadas ao sistema constitucional das crises, uma vez que esse se destina à tutela e preservação do Estado Democrático de Direito e suas garantias inerentes, é a ideia de limitação dessas medidas pela Constituição, senda essa entendida como a principal – ou mesmo a única – fonte de legitimidade. Em razão disso é que se conclui que o direito de necessidade não é um direito fora da Constituição, mas normativo e constitucionalmente conformado.

Ocorre que, não raro, torna-se impossível evitar que as medidas excepcionais permaneçam prisioneiras de um círculo vicioso, no qual por um lado elas se justificam

como essenciais à defesa das instituições democráticas e por outro são elas mesmas que conduzem à ruína destas mesmas instituições. Essa ameaça de transformação de uma medida provisória e excepcional em uma técnica de governo consiste, conforme denuncia Agamben (2004, p. 13), em um “patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo”.

Diante da impossibilidade de se impedir os abusos das medidas excepcionais, constitucionalistas argumentam que:

nessa perplexidade – entre a hipótese de prever a emergência e vê-la utilizada com ou sem real necessidade e conveniência, o que será sempre difícil distinguir, na realidade, e correndo o risco de não retornar, facilmente, à normalidade; e a hipótese de não a prever, com o risco da subversão e dissolução do regime, pela vitória, sobre ele, das forças, internas ou externas, que o enfrentam e minam –, claro que a democracia só poderia optar pelo risco menor da primeira alternativa. (CORRÊA, 1980, p. 24)

Conforme visto até aqui, esta tem sido a opção de grande parte das Constituições ao redor do globo. No entanto, sobre tal problemática, Carl J. Friedrich (1950, p. 828-830) apontou que “não há nenhuma salvaguarda institucional capaz de garantir que os poderes de emergência sejam efetiva mente usados com o objetivo de salvaguardar a constituição”. Para o referido autor, “as disposições quase ditatoriais dos sistemas constitucionais modernos, sejam elas a lei marcial, o estado de sítio ou os poderes de emergência constitucionais, não podem exercer controles efetivos sobre a concentração dos poderes”. Assim sendo, qualquer desses institutos, caso condições favoráveis se apresentem, está sujeito a converter-se em sistema totalitário.

Grande parte da literatura especializada em direito constitucional (e.g. Kildare Carvalho e José Gomes Canotilho) trabalha, portanto, o conceito de estado de exceção como sendo um desvio ou prolongamento dos estados de emergência regularmente previstos na Constituição. Em outras palavras, seria o mau emprego dos instrumentos relativos ao sistema constitucional das crises que conduziria a uma anomalia jurídica chamada estado de exceção, na qual aqueles no poder se valem dos estados emergenciais independente de configuradas as condições de fundo; adotam medidas não autorizadas pelo texto constitucional e/ou prolongam um estado (de defesa ou de sítio) além das circunstâncias específicas que o autorizaram.

O estado de exceção – conceito incerto que se situa na fronteira entre direito e política – não é, portanto, um direito especial, mas um vazio de direito, um espaço sem direito, é a forma legal daquilo que não pode ter forma legal. Trata-se de uma zona de

anomia na qual todas as determinações jurídicas, e a própria distinção entre direito público e direito privado são desconhecidas (AGAMBEN, 2004, p.11 e ss).

Para além do conceito constitucional de estado de exceção, no projeto *Homo Sacer*, Giorgio Agamben (2004) que denuncia não apenas a conversão do estado de exceção em paradigma de governo, como também desvincula a existência desse do sistemas de legalidade especial, apontando ainda o papel essencial desempenado pelo soberano – ou soberanos – apto a decidir a respeito da exceção. Para o autor, o aspecto normativo do direito passa a ser, assim, impunemente, eliminado e contestado por uma violência governamental que, ao ignorar no âmbito externo o direito internacional e produzir no âmbito interno um estado de exceção permanente, pretende, ainda, aplicar o direito.

2.5 Estado de exceção: considerações agambenianas

Giorgio Agamben é, possivelmente, o teórico mais recente e também o mais relevante do estado de exceção. Sua pesquisa relativa à teoria da exceção faz parte de um grande projeto que parece permear toda a obra do autor a partir do *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I* (2002). É em *Estado de Exceção* (2004), no entanto, que Agamben apresenta com maior grau de aprofundamento e especificidade suas reflexões a respeito do tema.

Para tanto, o autor recorre a conceitos e teorias desenvolvidas por diversos juristas e filósofos, dentre eles Hannah Arendt, Hans-Georg Gadamer, Walter Benjamin, Michel Foucault e Carl Schmitt. A análise de um texto de Giorgio Agamben certamente torna-se mais rica quando o leitor está familiarizado com toda a obra do autor e, também, dos autores por ele referenciados. Todavia, tendo em vista os objetivos do presente trabalho, fez-se a opção por apresentar mais detidamente neste ponto apenas as reflexões contidas em *Estado de Exceção* (2004), mencionando, quando necessário, alguns conceitos essenciais à compreensão do pensamento do autor e dos autores por ele mencionados.

A despeito do foco específico deste capítulo, ao longo dos próximos serão empregadas, por exemplo, reflexões desenvolvidas em *Homo Sacer* (2002), *O Sacramento da Linguagem: arqueologia do juramento* (2011), *Meios sem Fim* (2015) e *O Aberto* (2017), entretanto, é importante compreender que tais obras fazem parte de um mesmo quadro geral por meio do qual o autor se debruça sobre a vida, o humano, a

linguagem e o direito tendo como lentes ora a filosofia, ora a política, ora a teologia, sem, no entanto, se limitar a nenhuma delas. Agamben procura, na realidade, delinear e circunscrever a posição estratégica desempenhada pela representação do vivente em diferentes discursos teóricos.

Especificamente sobre o estado de exceção, é importante mencionar que a contiguidade essencial entre esse e a soberania foi originalmente estabelecida por Carl Schmitt em seu livro *Politisch Theologie* (1922) e, embora sua celebre definição de soberano como sendo aquele que decide sobre o estado de exceção tenha sido largamente comentada e debatida, ainda hoje, no entanto, falta uma teoria do estado de exceção no direito público. Os especialistas parecem considerar o problema muito mais como uma questão de fato do que como um genuíno problema jurídico (AGAMBEN, 2004, p.11).

2.5.1 O Estado de exceção como paradigma de governo

Segundo opinião generalizada, o estado de exceção constitui um “ponto de desequilíbrio entre direito público e fato político” (SAINT- BONNET, 2001, p. 28 *apud* AGAMBEN, 2004, p. 11) e, por tanto, situa-se numa zona cinzenta entre o jurídico e o político. Nesse sentido, a questão dos limites se torna extremamente relevante, pois se as medidas excepcionais são fruto dos períodos de crise política – devendo ser compreendidas no terreno político e não no jurídico –, então encontram-se na paradoxal situação de medidas jurídicas que não podem ser compreendidas no plano do direito, apresentando-se o estado de exceção como a forma legal daquilo que por natureza não pode ter forma legal. Por outro lado, “se a exceção é o dispositivo²¹ original graças ao qual o direito se refere à vida e a inclui em si por meio de sua própria suspensão, uma teoria do estado de exceção é, então, condição preliminar para se definir a relação que liga – e ao mesmo tempo abandona – o vivente ao direito” (AGAMBEN, 2004, p.12).

²¹ Na obra *O que é o contemporâneo? e outros ensaios* (2009), Agamben propõe a hipótese de que a palavra “dispositivo” seja um termo técnico decisivo na estratégia do pensamento de Foucault. Embora Foucault nunca tenha elaborado propriamente uma definição, Agamben aponta algumas de suas declarações, em entrevista concedida no ano de 1977, como sendo evidências da hipótese que se propõe a investigar. Do conteúdo da referida entrevista, Agamben extrai as seguintes conclusões acerca do dispositivo: *a)* é um conjunto heterogêneo, linguístico e não linguístico, que inclui virtualmente qualquer coisa no mesmo título: discursos, instituições, edifícios, leis, medidas de polícia, proposições filosóficas, etc. O dispositivo é a rede que se estabelece entre esses elementos; *b)* o dispositivo tem sempre uma função estratégica concreta e se inscreve sempre numa relação de poder; *c)* como tal, resulta do cruzamento de relações de poder e de relações de saber.

É precisamente essa zona incerta, entre o direito público e o fato político, que a obra de Agamben se propõe a explorar.

No primeiro capítulo do livro *Estado de Exceção* (2004), cujo título coincide com o deste tópico, o autor introduz os conceitos que pretende trabalhar através de exemplos como o do Estado nazista. Logo que assumiu o poder, Hitler promulgou o *Decreto para a proteção do povo e do Estado* (1933), suspendendo os artigos da Constituição de Weimar relativos às liberdades individuais. Como o decreto nunca foi revogado, Agamben aponta que todo o Terceiro Reich pode ser considerado, do ponto de vista jurídico, como um estado de exceção que se estendeu por doze anos.

A partir desse significativo exemplo da história, o autor aponta que o totalitarismo moderno pode ser definido como a instauração, através do estado de exceção, “de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão pareçam não integráveis ao sistema político” (AGAMBEN, 2004, p. 13). A partir deste ponto, a criação voluntária de um estado de emergência permanente – embora, não raro, não declarado no sentido técnico – se tornou, na opinião do autor, umas das práticas essenciais de manutenção e atuação dos Estados contemporâneos, inclusive daqueles denominados democráticos.

Assim, o estado de exceção tenderia cada vez mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea. Tal conclusão é respaldada pelo exemplo da *military order* promulgada pelo presidente dos Estados Unidos no dia 13 de novembro de 2001, que autoriza, dentre outras coisas, a *indefinite detention* dos não cidadãos suspeitos de envolvimento em atividades terroristas. O *USA Patriot Act*, de 26 de outubro de 2001, já permitia a prisão do estrangeiro suspeito de atividades que pudessem atentar contra a segurança nacional dos Estados Unidos, mas impunha um prazo de sete dias para que o indivíduo detido fosse expulso ou acusado. Nas palavras de Agamben (2004, p. 14), “a novidade da “ordem” do presidente Bush está em anular radicalmente todo estatuto jurídico do indivíduo, produzindo, dessa forma, um ser juridicamente inominável e inclassificável”. Na prática, os talibãs capturados no Afeganistão (ou seja, fora da jurisdição estadunidense), além de não gozarem do *status* de prisioneiros de guerra, nos termos da Convenção de Genebra, tampouco gozam daquele de acusados segundo as leis norte-americanas. “Nem prisioneiros, nem acusados, são objeto de uma pura dominação de fato, de uma detenção

indeterminada não só no sentido temporal mas também quanto à sua própria natureza” (AGAMBEN, 2004, p. 14), uma vez que afastado o controle do judiciário.

Denunciando a tendência de perenização do estado de exceção independente da ocorrência das situações que poderiam ensejar a adoção de medidas constitucionais de emergência, o autor aponta que os conceitos comumente associados a tais medidas – estado de sítio, lei marcial, estado de defesa, etc – são inadequados para definição da estrutura do fenômeno do estado de exceção que, por sua vez, não consiste em direito especial, mas, “enquanto suspensão da própria ordem jurídica, define seu patamar ou seu conceito-limite” (AGAMBEN, 2004, p. 15).

Resta, portanto, evidente o distanciamento entre as concepções constitucionais tradicionais de estado de exceção – seja como gênero do qual o estado de sítio e o estado de defesa seriam espécies, seja como desvirtuamento das medidas de legalidade especial – e a proposta agambeniana de análise do fenômeno.

Sobre as chamadas *ditaduras constitucionais*, termo que permeou o debate acerca da teoria do estado de exceção entre 1934 e 1948, Agamben comenta as obras de Frederick M. Watkins (*The Problem of Constitutional Dictatorship*, in *Public Policy* 1, 1940), Carl J. Frierich (*Constitutional Government and Democracy*, 1941), Clinton L. Rossiter (*Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies*, 1948) e Herbert Tingsten (*Les pleins pouvoirs: l'expansion des pouvoirs gouvernementaux pendant et après la Grande Guerre*, 1934). Para Agamben, apesar de muito diferentes entre si, mas significativamente influenciadas pela obra schmittiana, esses são os primeiros textos a carregarem a mensagem que hoje temos claramente diante de nós. registram a transformação dos regimes pretensamente democráticos em consequência da progressiva expansão dos poderes do executivo durante as duas guerras mundiais e, de modo mais geral, do estado de exceção que os acompanha. Em outras palavras, são pioneiras em anunciar que o estado de exceção se apresenta muito mais como uma técnica de governo do que como uma medida excepcional, deixando transparecer ainda sua natureza de paradigma constitutivo da ordem jurídica.

O livro de Herbert Tingsten (1934) não vai além do registro de uma longa enumeração de exemplos. Contudo, Agamben aponta que na conclusão o autor parece se dar conta “de que, embora um uso provisório e controlado dos plenos poderes seja teoricamente compatível com as constituições democráticas, um exercício sistemático e regular do instituto leva necessariamente à liquidação da democracia” (AGAMBEN, 2004, p. 19).

A Primeira Guerra Mundial e os anos subsequentes aparecem, nesse sentido, como o laboratório em que “se experimentaram e se aperfeiçoaram os mecanismos e dispositivos funcionais do estado de exceção como paradigma de governo” (AGAMBEN, 2004, p. 19). É neste contexto que a tendência, inerente ao estado de exceção, de transformar-se em prática duradoura de governo se revela a partir da abolição da distinção entre poder legislativo, executivo e judiciário.

No livro de Carl J. Friedrich (1950), a distinção schmittiana entre *ditadura comissária* e *ditadura soberana* se apresenta como oposição entre a *ditadura constitucional*, que se propõe a salvaguardar a ordem constitucional, e *ditadura inconstitucional*, que leva à derrubada da ordem constitucional. No entanto, a impossibilidade de se definir as forças e os limites que determinam a transição da primeira à segunda torna-se a aporia fundamental da obra de Friedrich e, conforme visto anteriormente, em geral, de toda a teoria do sistema constitucional das crises, denominado pelo autor de ditadura constitucional.

É no livro de Rossiter (1948), no entanto, que essas aporias se revelam abertamente. Diferentemente de Tingsten e Friedrich, ele se propõe de forma explícita a justificar, por meio de um amplo exame histórico, a ditadura constitucional (AGAMBEN, 2004, p. 20). Para Rossiter, uma vez que o regime democrático é concebido para funcionar em circunstâncias normais, com seu complexo equilíbrio de poderes, “em tempos de crise, o governo constitucional deve ser alterado por meio de qualquer medida necessária para neutralizar o perigo e restaurar a situação normal” (ROSSITER, 1948, p. 5). Em outras palavras, a imposição de temporariedade às medidas excepcionais reside justamente no caráter antidemocrático do regime que se instala quando elas se encontram em vigor e, portanto, um estado de exceção (seja pelo prolongamento no tempo de um estado de defesa ou de sítio, seja como paradigma de governo, como sugere Agamben) é também um estado alijado de seu viés democrático.

Embora Rossiter forneça onze critérios para distinção entre uma ditadura constitucional e uma inconstitucional nenhum deles é capaz de demarcar precisamente uma diferença substancial nem de excluir a passagem de uma à outra. O fato é que, conforme aponta Agamben (2004, p. 21), “os dois critérios essenciais da absoluta necessidade e do caráter temporário, aos quais, em última análise, todos os outros se reduzem, contradizem o que Rossiter sabe perfeitamente, isto é, que o estado de exceção agora tornou-se regra”. Nesse sentido, a conclusão da obra *Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies* aponta textualmente que:

Descrevendo os governos de emergência nas democracias ocidentais, este livro pode ter dado a impressão de que as técnicas de governo, como a ditadura do executivo, a delegação dos poderes legislativos e a legislação por meio de decretos administrativos, sejam por natureza puramente transitórias e temporárias. Tal impressão seria certamente enganosa [...]. Os instrumentos de governo descritos aqui como dispositivos temporários de crise tornaram-se em alguns países, e podem tornar-se em todos, instituições duradouras mesmo em tempo de paz. (ROSSITER, 1948, p. 313)

Em sua pesquisa, Agamben analisa também a obra de Julius Hatschek, que resumiu diversos pontos de vista na oposição entre o que se pode chamar de *teoria objetiva do estado de necessidade*, segundo a qual toda medida adotada em estado de necessidade e fora ou em oposição à lei é contrária ao direito e, enquanto tal, juridicamente passível de acusação, e a *teoria subjetiva do estado de necessidade*, segundo a qual o poder excepcional está fundado em um direito constitucional ou pré-constitucional do Estado em relação ao qual a boa-fé seria suficiente para assegurar a imunidade jurídica.

A crítica formulada por Agamben a tal abordagem é do sentido de que a mera “oposição topográfica (dentro/fora) implícita nessas teorias parece insuficiente para dar conta do fenômeno que deveria explicar” (AGAMBEN, 2004, p. 39). Nesse sentido o autor apresenta diversos questionamentos:

se o que é próprio do estado de exceção é a suspensão (total ou parcial) do ordenamento jurídico, como poderá essa suspensão ser ainda compreendida na ordem legal? Como pode uma anomia ser inscrita na ordem jurídica? E se, ao contrário, o estado de exceção é apenas uma situação de fato e, enquanto tal, estranha ou contrária à lei; como é possível o ordenamento jurídico ter uma lacuna justamente quanto a uma situação crucial? E qual é o sentido dessa lacuna? (AGAMBEN, 2004, p.39)

Conforme visto anteriormente, uma opinião recorrente coloca como fundamento do estado de exceção o conceito de necessidade. Nos termos do brocardo latino, *necessitas legem non habet* ou, em outras palavras, a necessidade não tem lei. Tal afirmação pode ser compreendida em dois sentidos: “a necessidade não conhece qualquer lei” ou “a necessidade cria sua própria lei”. Em ambos os casos, no entanto, a teoria do estado de exceção se resolve integralmente na premissa do estado de necessidade, de modo que “o juízo sobre a subsistência deste esgota o problema da legitimidade daquele” (AGAMBEN, 2004, p. 40).

Como indicado no anteriormente, o princípio de que *necessitas legem non habet* encontrou sua formulação no Decreto de Graciano, onde aparece duas vezes. Diferentemente da abordagem da dogmática constitucional, no entanto, Agamben não

pretende apenas indicar um antecedente histórico como fundamento da premissa que estaria a sustentar a existência dos estados de emergência, mas, antes, se propõe a analisar o sentido originalmente conferido à expressão a fim de identificar as aporias concernentes ao sentido contemporâneo. A primeira menção ao princípio do *necessitas legem non habet* no referido decreto parece atribuir “à necessidade o poder de tornar lícito o ilícito” (AGAMBEN, 2004, p. 40), porém a segunda, e mais esclarecedora, referencia ao termo aparece quando, após explicar que o sacrifício deve ser oferecido sobre o altar ou em um lugar consagrado, Graciano acrescenta que o ideal é não cantar, nem ouvir missa, a celebrá-la nos lugares em que não deve ser celebrada, salvo se isso se der por uma suprema necessidade, porque a necessidade não tem lei²². Dessa segunda menção podemos entender que, mais do que tornar lícito o ilícito, a necessidade age como justificativa para uma transgressão em um caso específico, estabelecendo, portanto, uma exceção.

A teoria da necessidade é, nesse sentido, uma teoria da exceção e, assim sendo, não é fonte de lei e tampouco suspende a lei, limitando-se a excluir um caso particular da esfera de aplicação da norma.

Somente na modernidade é que o estado de necessidade tende a ser incluído na ordem jurídica. É neste momento que o princípio de que a necessidade define uma situação particular em que a lei perde seu caráter obrigatório transforma-se naquele em que a necessidade constitui o fundamento último e a própria fonte da lei, determinando o que deve ser feito para manter o Estado e a ordem vigente. O estado de exceção passa a se apresentar, enquanto figura de necessidade, como uma medida ilegal, mas absolutamente jurídica e constitucional.

Para Agamben, no entanto, a aporia máxima contra a qual fracassa toda a teoria do estado de necessidade diz respeito à própria natureza da necessidade que os autores insistem, mais ou menos conscientemente, a pensar como uma situação objetiva. Essa concepção ingênua expõe-se imediatamente às críticas que mostram como o conceito de necessidade, longe de se apresentar como um dado objetivo, implica um juízo subjetivo e que necessárias e excepcionais são, é evidente, apenas aquelas circunstâncias declaradas como tais pelos indivíduos ou órgãos considerados legítimos para tanto.

Nesse sentido, Giorgio Ballardore Pallieri comenta com grande lucidez que:

²² Nisi pro summa necessitate contingat, quoniam necessitas legem non habet. (AGAMBEN, 2004, p. 40)

Il concetto di necessità è infatti un concetto tutto subiettivo, relativo allo scopo che si vuole raggiungere. Potrà dirsi che la necessità detta la emanazione di una data norma, poiché altrimenti minaccia rovina l'ordine giuridico esistente; ma bisogna essere concordi su punto che l'ordine esistente va conservato. Potrà da un moto rivoluzionario proclamarsi la necessità di una norma nuova che annulli istituti vigenti contrari a nuove esigenze; ma bisogna essere concordi nel ritenere che l'attuale ordine va sconvolto in omaggio a nuove esigenze. Nell'uno caso o nell'altro, quando è rivolto alla conservazione o al miglior funzionamento dell'ordine vigente, il ricorso alla necessità implica una valutazione morale o politica (e comunque extra-giuridica) per la quale si giudica l'ordine giuridico, e lo si ritiene degno di conservazione o di potenziamento anche a prezzo di una sua temporanea violazione. (PALLIERI, 1972, p.168-169)²³

Portanto, a tentativa de resolver o estado de exceção através do estado de necessidade se choca com múltiplas e ainda mais graves aporias do que o fenômeno que deveria explicar. Não só a necessidade se reduz, em última instância, a uma decisão como também aquilo sobre o que ela decide é, na verdade, algo impossível de ser decidido sob os pontos de vista fático e jurídico. Nesse cenário sombrio, o estado de exceção, longe de responder a uma lacuna normativa, se apresenta, ele mesmo, como uma lacuna fictícia no ordenamento, com o objetivo de salvaguardar a existência da norma e sua aplicabilidade à situação normal (conceito esse também que dependerá da subjetividade de um indivíduo ou de um grupo de indivíduos para se ver oficialmente caracterizado). Como explica Agamben (2004, p. 48-49), “é como se o direito contivesse uma fratura essencial entre o estabelecimento da norma e sua aplicação e que, em caso extremo, só pudesse ser preenchida pelo estado de exceção”.

Estabelecida a subjetividade inerente ao conceito de necessidade, passa a ser relevante mencionar a figura do indivíduo (ou grupo) cuja subjetividade determinará a ocorrência da necessidade e, portanto, a implementação do estado de exceção. A essa figura, Carl Schmitt denominou soberano, como se verá em mais detalhes no tópico seguinte.

2.5.2 Estado de exceção, soberania e *força de lei*

²³ O conceito de necessidade é totalmente subjetivo, relativo ao objetivo que se quer atingir. Será possível dizer que a necessidade impõe a promulgação de uma dada norma, porque, de outro modo, a ordem jurídica existente corre o risco de se desmoronar; mas é preciso, então, estar de acordo quanto ao fato de que a ordem existente deve ser conservada. Um movimento revolucionário poderá declarar a necessidade de uma nova norma, abolindo os institutos vigentes contrários às novas exigências; mas é preciso estar de acordo quanto ao fato de que a ordem existente deve ser derrubada, em conformidade com essas novas exigências. Num caso como no outro [...] o recurso da necessidade implica uma avaliação moral ou política (ou, de toda forma, extrajurídica) pela qual se julga a ordem jurídica e se considera que é digna de ser conservada e fortalecida, ainda que à custa de sua eventual violação. (PALLIERI, 1972, p.168-169)

A tentativa mais rigorosa de construir uma teoria do estado de exceção, conforme aponta Agamben, advém da obra de Carl Schmitt, especialmente em dois de seus livros, publicados no início da década de 1920, quais sejam: *Die Diktatur* (1921) e *Politische Theologie* (1922). No primeiro, o estado de exceção é apresentado através da figura da ditadura, que a despeito de compreender em si o estado de sítio, é, essencialmente, estado de exceção. Na obra de Schmitt, o conceito de ditadura, em cujo contexto se inscreve o estado de exceção, se desdobra em *ditadura comissária*, que visa a defesa da constituição vigente, e *ditadura soberana* que, como figura de exceção, “alcança, por assim dizer, sua massa crítica ou seu ponto de fusão” (AGAMBEN, 2004, p. 53).

O cerce da discussão é, nos dois livros, a inscrição do estado de exceção no contexto jurídico. Schmitt não ignora que o estado de exceção, enquanto realiza a suspensão de toda ordem jurídica, escapa a qualquer consideração de direito. No entanto, para o autor, é primordial que se assegure uma relação com a ordem jurídica, pois mesmo a ditadura – seja ela comissária ou soberana – implica a referência a um contexto jurídico. Nesse sentido, Schmitt aponta que, como o estado de exceção é algo diferente da anarquia, uma ordem, no sentido jurídico, continua subsistindo, mesmo que não seja uma ordem jurídica. A existência do Estado mantém, nesse caso, para o autor, uma indubitável superioridade sobre a validade da norma jurídica. A decisão liberta-se de qualquer ligação normativa e torna-se, num certo sentido, absoluta. No caso da exceção, o Estado suspende o direito em função de um direito à autopreservação.

O aporte específico da teoria schmittiana é precisamente o de tornar possível a articulação entre o estado de exceção e a ordem jurídica. Tal articulação é essencialmente paradoxal, na medida em que, o que deve ser inscrito no direito é, por natureza, exterior a ele. A fim de operar essa inscrição de algo externo no direito, Schmitt adota em *Die Diktatur* a distinção entre normas do direito e normas de realização do direito para a ditadura comissária, e a distinção entre poder constituinte e poder constituído para a ditadura soberana (AGAMBEN, 2004, p. 54).

De fato, a ditadura comissária, à medida que “suspende de modo concreto a constituição para defender sua existência” (SCHMITT, 1921, p. 136 *apud* AGAMBEN, 2004, p. 55) tem, em última instância, a função de promover as condições que possibilitem a aplicação do direito. Nela, a constituição poderia ser suspensa quanto à sua aplicação, sem, contudo, deixar de permanecer em vigor, porque a suspensão

significaria apenas uma exceção concreta. Desta feita, no plano teórico, a ditadura comissária se subsumi integralmente pela distinção entre a norma e as regras técnico-práticas que presidem sua realização.

A situação da ditadura soberana, no entanto, é distinta, pois essa não se limita a suspender uma constituição vigente com base num direito por ela previsto (e por isso, ele mesmo constitucional), mas objetiva a criação de um estado de coisas em que se torne possível a imposição de nova constituição. O operador que permite ancorar o estado de exceção na ordem jurídica é, nesse caso, a distinção entre poder constituinte e poder constituído. Todavia, é importante esclarecer que nesse contexto o poder constituinte é compreendido como um poder que, embora não estabelecido em virtude da constituição, mantém com toda ela uma relação tal que não pode ser negado nem mesmo se a constituição vigente o negar (SCHMITT, 1921, p. 137 *apud* AGAMBEN, 2004, p. 55).

Embora juridicamente disforme, o poder constituinte, conforme Schmitt o conceitua, representa um mínimo de constituição, inscrito em toda ação politicamente decisiva e está, portanto, em condições de garantir a relação entre estado de exceção e ordem jurídica, mesmo no contexto de uma ditadura soberana.

Na obra *Teologia política* (2006), o operador responsável pela inscrição do estado de exceção na ordem jurídica é a distinção entre dois elementos fundamentais do direito, quais sejam: norma e decisão. A partir dessa afirmação, que insere norma e decisão no âmbito jurídico, pode-se compreender porque a partir deste livro a teoria do estado de exceção pode ser apresentada como doutrina da soberania. É o soberano, que decide sobre o estado de exceção, que garante “sua ancoragem na ordem jurídica” (AGAMBEN, 2004, p. 56). Assim, embora a construção schmittiana se proponha a vincular o estado de exceção à ordem jurídica, em última instância, acaba por fornecer mais um fundamento à subjetividade inerente ao conceito. Isso porque, ao afirmar a existência de um mínimo de constituição em toda ação política determinante do estado de exceção – em toda ação política supostamente adotada para preservação do Estado e da ordem jurídica –, o autor afirma também que há uma parcela da Constituição não positivada e que carecerá, diante da ocorrência da necessidade (conceito subjetivo), da interpretação de um soberano e/ou da decisão proferida por um soberano. Eis, então, a vinculação do estado de exceção à autoridade soberana, muito mais do que à ordem jurídica.

Para Schmitt, a ideia de Constituição não se equipara a um simples conjunto de

leis constitucionais. A Constituição seria, na verdade, a decisão consciente de uma unidade política concreta que define a forma e o modo de sua existência. Nesse sentido, Schmitt negava ao Judiciário o título de guardião da constituição. Segundo sua concepção, somente o Presidente do *Reich* teria legitimidade para desempenhar semelhante função. Segundo Schmitt, a criação ou o reconhecimento de um Tribunal Constitucional transfere poderes de legislação para o Judiciário, politizando-o e desajustando o equilíbrio do sistema constitucional do Estado de Direito (SCHMITT, 2007, p. 10 e ss).

Conforme visto anteriormente, a compreensão de soberano como aquele que decide sobre o Estado de exceção é do próprio Schmitt, que afirma ainda que tal definição pode ser atribuída ao conceito de soberania como um conceito-limite em si mesmo. “O conceito-limite não é um conceito confuso, como na feia terminologia da literatura popular, mas um conceito da esfera extrema; isso quer dizer que sua definição não se encaixa num caso normal, mas sim num caso limite” (SCHMITT, 1996, p. 87). Em razão disso, o estado de exceção, compreendido como conceito genérico da doutrina de Estado, e não como qualquer situação emergencial ou Estado de sítio, se releva como meio adequado para a definição jurídica de soberania. Sobre essa relação do soberano com a decisão e o estado de exceção, o autor afirma:

A decisão sobre a exceção é, portanto, uma decisão no sentido eminente. Pois uma norma genérica, como se apresenta a norma jurídica válida, não pode nunca assimilar uma exceção absoluta e, portanto, nunca justificar totalmente a decisão tomada em um verdadeiro caso de exceção. (SCHMITT, 1996, p. 87)

Neste ponto, nos deparamos com a questão enfrentada por Jean Bodin (2011) séculos antes de nós: até onde o soberano está preso às leis e comprometido com as instituições? Essa pergunta é respondida por Bodin quando ele afirma que as promessas são compromissos porque a força do compromisso de uma promessa repousa no direito natural. Evidentemente, na atualidade, esta é uma fundamentação bastante polêmica, uma vez consideradas as críticas frequentemente dirigidas à concepção de direito natural, especialmente, em face da historicidade atribuída aos direitos humanos. No entanto, no caso emergencial, mesmo Bodin reconhece que o compromisso segundo fundamentos naturais genéricos acaba. Em geral, diante das instituições ou do povo, o príncipe só seria obrigado a algo na medida em que o cumprimento da sua promessa é

de interesse do povo; mas ele não permanece ligado ao compromisso se existir uma necessidade urgente.

Para Schmitt, o ponto crucial do trabalho científico de Bodin reside precisamente na inclusão da decisão no conceito de soberania. Bodin pergunta se as promessas que o príncipe fez ao povo anulam sua soberania. E responde apontando o caso em que se torna necessária a transgressão dessas promessas, a modificação ou anulação das leis, segundo a exigência de cada caso, da época, e das pessoas. Por isso, o poder de suspender a lei vigente — em geral ou em casos isolados — é a característica verdadeira da soberania, da qual Bodin pretende derivar todos os outros poderes (declaração de guerra e conclusão da paz, nomeação de funcionários, direito de indulto etc.) (SCHMITT, 1996, p. 89-90).

A relevância da reflexão a respeito do compromisso e em qual medida esse limita de maneira definitiva a ação do soberano, foi identificada por Agamben que, em sua obra *O Sacramento da Linguagem* (2011), procurou analisar o instituto do juramento desde suas origens a fim de verificar, para além das definições tradicionais, o sentido e a função do mesmo no presente. Tal reflexão será abordada mais adiante, na medida em que pode contribuir para a compreensão da relação do direito internacional como direito interno no Brasil.

Em seu esforço para a inserção do estado de exceção na ordem jurídica, Schmitt constatou a impossibilidade de se pensar no próprio conceito de ordem jurídica sem se falar do poder de decisão e, conseqüentemente, no conceito de soberania a fim de se averiguar a competência para proferimento de tal decisão. Em outras palavras, Schmitt acaba por denunciar a fragilidade da compreensão de ordem jurídica como algo objetivo, natural ou de caráter estritamente normativo:

Todos concordam que quando surgem contradições no interior de um Estado, cada partido, naturalmente, quer só o bem geral — é nisso afinal que reside o *bellum omnium contra omnes* — mas que a soberania, e com isso o próprio Estado, é que devem, decidir esse conflito e determinar definitivamente o que é ordem e segurança pública, quando ela é perturbada. Na realidade concreta, a ordem e a segurança públicas apresentam-se de modo bem diferente; isto é, de acordo com uma burocracia militar, uma auto-administração dominada pelo espírito comercial ou uma organização partidária radical, que decidem quando essas ordem e segurança predominam e quando elas correm perigo ou são perturbadas. Pois cada ordem baseia-se numa decisão, é o conceito da ordem jurídica, aplicado como algo natural, também contém em si mesmo a oposição dos dois diferentes elementos do jurídico. Até mesmo a ordem jurídica, como toda ordem, baseia-se numa decisão e não numa norma. (SCHMITT, 1996, p. 90)

A partir dessa reflexão, Schmitt conclui pela inexistência de norma que possa ser aplicada fora de um estado de ordem, um estado normal, e afirma que o soberano é aquele que decide, definitivamente, se há um estado normal predominante. É nisso que reside a essência da soberania estatal que, portanto, define-se corretamente não como um monopólio da força ou do domínio, mas, juridicamente, como um monopólio da decisão. O caso de exceção revelaria, então, com a maior clareza a essência da autoridade estatal, pois nele a decisão se distinguiria da norma jurídica e a autoridade provaria que, para criar a justiça, ela não precisa ter justiça (SCHMITT, 1996, p. 93).

Conforme explica Helton Adverse, Schmitt está inteiramente convencido de que o importante não é o conteúdo concreto da decisão do soberano, mas sim que ele decida de modo a evitar a desordem e estabelecer um sistema de normas. A decisão, portanto, não é determinada em seu conteúdo; ao visar o estabelecimento da ordem, e por estar em seu fundamento, ela é irreduzível a qualquer princípio normativo que a anteceda. Por essa razão, no entender de Adverse, Schmitt acredita que a decisão, ao se encontrar livre de qualquer vínculo normativo, é absoluta em sentido real e, mais ainda, do ponto de vista da norma, a decisão nasceria do nada (ADVERSE, 2013, p. 82).

Compreendendo que todo direito é um direito “situacional”, Schmitt se debruça sobre a questão da competência e afirma que o fato de a decisão ser pronunciada por uma repartição competente torna-a, sob certas circunstâncias, absoluta, independente da precisão de seu conteúdo. Para o autor, naquele instante, a decisão torna-se independente da fundamentação argumentativa: “A força jurídica da decisão é algo diverso do resultado da motivação. Não é com a ajuda de uma norma que se confere a competência a alguém, mas o inverso; é a partir de um ponto de imputação que se determina o que é norma e precisão normativa” (SCHMITT, 1996, p. 106).

Não sendo a legitimidade da decisão fundada em seus argumentos, mas essencialmente na competência da figura que a proferiu, torna-se significativamente mais difícil questioná-la, pois isso implicaria não em um debate de teses jurídicas, mas, antes, em uma discussão sobre a estruturação de um Estado e, eventualmente, mesmo a respeito das motivações subjetivas da autoridade soberana.

Retomando a oposição entre norma e decisão, trabalhada por Schmitt em *Teologia política*, tem-se que ambas são irreduzíveis, pois, na decisão sobre o estado de exceção, a norma é suspensa ou completamente anulada, mas o que está em questão, na realidade, é a criação de uma situação que torne possível a aplicação da norma. O estado de exceção separaria, assim, a norma de sua aplicação a fim de viabilizar a própria

aplicação. Nesse sentido, Agamben (2004, p. 58) afirma que o estado de exceção na teoria schmittiana pode ser definido como o lugar em que a oposição entre a norma e a sua realização atinge sua máxima intensidade; mas “também nessa zona extrema, ou melhor, exatamente em virtude dela, os dois elementos do direito mostram sua íntima coesão”.

Essa íntima relação entre norma e decisão, assim como a potencialidade conferida ao soberano a partir da definição de sua competência relativa ao estado de exceção, são sintetizadas por Agamben na análise do sintagma *força de lei*²⁴. O autor explica que, originalmente, o termo vincula-se à tradição de direito romano e medieval, no qual possuía o sentido geral de eficácia, de força vinculante; no entanto, é a partir da época moderna, especialmente no contexto da Revolução Francesa, que ele começa a indicar o valor supremo dos atos estatais expressos pelas assembleias representativas do povo.

A Constituição Francesa de 1791 trazia em seu art. 6º a expressão *force de loi* associada à noção de intangibilidade da lei, inclusive em relação soberano, que não poderia anulá-la ou modificá-la. Nesse sentido, a doutrina moderna distingue a eficácia da lei e a força de lei. A primeira decorre de modo absoluto de todo ato legislativo válido e consiste na produção de efeitos jurídicos, enquanto a segunda, ao contrário, é um conceito relativo que expressa a posição da lei ou dos atos a ela assimilados em relação aos outros atos do ordenamento jurídico, dotados de força superior à lei – por exemplo, a Constituição – ou de força inferior a ela (QUADRI, 1979, p. 10 *apud* AGAMBEN, 2004, p. 60). Vê-se aqui a tendência de hierarquização dos atos normativos, mesmo aqueles não originados do poder legislativo. Essa ideia, comumente associada à figura da pirâmide proposta por Hans Kelsen²⁵, será essencial para a compreensão da abordagem do Supremo Tribunal Federal para a questão dos tratados internacionais sobre direitos humanos, como se verá nos capítulos seguintes.

Por hora, entretanto, é importante que se compreenda que, em sentido técnico, o sintagma *força de lei* se refere, tanto na doutrina contemporânea quanto na antiga, não à lei, mas àqueles decretos que o poder executivo pode, em alguns casos – e particularmente no estado de exceção –, promulgar. O conceito de força de lei, enquanto termo próprio do direito, define uma separação entre a aplicabilidade da norma e sua

²⁴ Agamben (2004) adota a seguinte redação para o termo: força-de-lei (com um x sobreposto à palavra lei, aqui substituído por um traço); por entender que, o estado de exceção é um espaço anômico onde o que está em jogo é uma força de lei sem lei.

²⁵ Ver *Teoria Pura do Direito*, de 1934.

essência formal, viabilizando que decretos, disposições e medidas, que não são formalmente leis, adquiram sua “força” (AGAMBEN, 2004, p. 60). De modo geral, em seu estudo, Agamben analisa o estado de exceção a partir do Poder Executivo, apontando diversos exemplos da confusão entre atos do poder executivo e atos do poder legislativo, sendo certo que tal confusão, para o autor, define uma das características essenciais do estado de exceção.

No entanto, do ponto de vista técnico, o aporte científico do estado de exceção não é tanto a confusão entre os poderes, mas o isolamento da força de lei em relação à lei em si. Isso porque “ele define um “estado da lei” em que, de um lado, a norma está em vigor, mas não se aplica (não tem “força”) e em que, de outro lado, atos que não têm valor de lei adquirem sua “força”” (AGAMBEN, 2004, p. 61). O estado de exceção é, assim, a abertura de um espaço entre aplicação e norma; um espaço em que uma pura força de lei realiza – aplica desaplicando – uma norma cuja aplicação foi suspensa.

As ponderações de Jacques Derrida são, neste ponto, interessantes. Em sua obra intitulada *Força de Lei*, o autor discute a problemática do limite entre essa força de lei, conferida aos decretos e demais atos emanados do Executivo, e a violência. Que diferença existe entre a força que pode ser justa ou ao menos considerada legítima - aquela que não apenas é instrumento a serviço do direito, mas na própria realização desse – e, por outro lado, uma força violenta que consideramos injusta? Como distinguir entre a força de lei de um poder legítimo e a violência pretensamente originária que precisou instaurar essa autoridade, e que não podia ela mesma autorizar-se por nenhuma legitimidade anterior, de tal forma que ela não é, naquele momento inicial, nem legal nem ilegal, outros diriam apressadamente nem justa nem injusta?

O exemplo fornecido por Derrida (2010, p. 9-11) revela em grande medida a complexidade da definição desse limite, apontando, mais uma vez, a dificuldade de demarcar as fronteiras entre o juridicamente legítimo e o subjetivamente legitimado. O autor explica que em alemão o termo *gewalt*, frequentemente traduzido como *violência*, significa também poder legítimo, autoridade, força pública. *Gesetzgebende Gewalt* é o Poder Legislativo, *geistliche gewalt* é o poder espiritual da Igreja, *Staatsgewalt* é a autoridade ou o poder do Estado. Assim, *gewalt* é, ao mesmo tempo, a violência e o poder legítimo, a autoridade justificada. A questão aqui vai além da semântica ou dos troços de tradução, desnudando a insegurança própria do conceito.

Tal incerteza abre, mais uma vez, assim como fizeram anteriormente o conceito de necessidade e de ordem jurídica, margem para a atuação pouco (ou nada)

limitada do soberano, implicando ainda na conclusão de que o estado exceção marca um patamar onde lógica e práxis se indeterminam e onde uma pura violência sem *logos* pretende realizar um enunciado sem nenhuma referência real.

Compreendida a dogmática constitucional acerca do estado de exceção, bem como as ponderações feitas por Giorgio Agamben a partir de uma compreensão crítica dos conceitos tradicionais, é possível começar a articular o pensamento do referido autor com a problemática da efetividade do direito internacional no âmbito do Estado brasileiro.

3 DIREITO INTERNACIONAL E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A fim de se analisar o posicionamento atual do STF com relação aos tratados de direitos humanos a partir de contribuições da obra de Giorgio Agamben, que

começou a ser discutida no capítulo anterior, buscando responder ao problema enfrentado no presente trabalho, faz-se necessária a compressão das relações possíveis entre o direito interno e o direito internacional e a efetividade conferida a esse último no Brasil, para além das previsões constitucionais e dos compromissos internacionais firmados.

3.1 Direito interno *versus* direito internacional

O direito internacional contemporâneo já não tem unicamente a função clássica de regular as relações entre Estados soberanos e distribuir competências entre esses, mas, sim, procura auxiliar no desenvolvimento da sociedade internacional, que contempla vários novos atores. Tal desenvolvimento exige cooperação em diversas matérias anteriormente de competência exclusiva do Estado e, como tal, reguladas pelo direito interno. A crescente interdependência das civilizações comporta, portanto, um aumento progressivo do conteúdo do direito internacional que, especialmente, em sua esfera pública pode regular diversas matérias semelhantes – ou até idênticas – às do direito interno.

Nesse sentido, uma questão antiga, mas particularmente importante, diz respeito à eficácia e à aplicabilidade do direito internacional na ordem jurídica interna dos Estados. Esse problema pode ser analisado a partir de duas perspectivas distintas: uma teórica, consistente no estudo da hierarquia do direito internacional frente ao direito interno; e outra prática, relativa à efetiva solução dos conflitos porventura existentes entre a normativa internacional e as regras do direito doméstico.

Outra maneira de formular a questão é coloca-la sob dois pontos de vista: “o do direito internacional, que enxerga o problema de fora para dentro; e o do direito interno, que o visualiza de dentro para fora” (MAZZUOLI, 2015, p. 91). Se o tema em questão trata da relação entre o direito internacional e o direito interno, é forçoso reconhecer que há esses dois prismas de abordagem, ambos igualmente importantes. O primeiro esclarece a hierarquia normativa – como o direito interno vê o direito internacional – e o eventual processo de incorporação da norma internacional no direito interno. Já o segundo prisma relaciona-se ao valor das normas internas para o direito internacional, se o mesmo admite peso maior, por exemplo, a uma norma constitucional ou para uma decisão interna transitada em julgado de uma suprema corte nacional (RAMOS, 2004, p. 117).

Em relação ao primeiro prisma, a questão vem se desenvolvendo através dos tempos, tendo surgido várias teorias que buscaram equacionar o problema, dentre as quais se destacam a dualista e a monista. Nelas se discute se o direito internacional e o direito interno são duas ordens jurídicas distintas e independentes (teoria dualista) ou, ao contrário, se são dois sistemas que derivam um do outro (teoria monista).

Para os adeptos do dualismo, o direito interno de cada Estado e o direito internacional são dois sistemas independentes e distintos, embora sejam igualmente válidos. As fontes e normas do direito internacional, notadamente os tratados, não têm, para os dualistas, qualquer influência sobre questões relativas ao âmbito do direito interno e vice-versa, de sorte que entre ambos os ordenamentos jamais poderia haver conflitos. Nesse sentido, quando um Estado assume um compromisso exterior, o está aceitando tão somente como fonte do direito internacional, sem qualquer impacto ou repercussão no seu cenário normativo interno. Para que isto ocorra, ou seja, para que um compromisso internacionalmente assumido passe a ter valor jurídico no âmbito do direito interno, é necessário que o direito internacional seja convertido em norma interna, o que se dá pelo processo conhecido como adoção ou transformação. Assim, o primado normativo, para os dualistas, é da lei interna de cada Estado, e, não, do direito internacional (MAZZUOLI, 2015, p.93).

Segundo a corrente dualista, ao direito internacional caberia, de forma precípua, a tarefa de regular as relações entre os Estados ou entre estes e as organizações internacionais, enquanto o direito interno cuidaria da regulação da conduta do Estado em relação a seus cidadãos. Da mesma forma, por se tratarem de sistemas distintos, destinados à regulação de relações jurídicas diversas, não haveria que se falar em supremacia de um sobre o outro. Nesse sentido, o Estado, para os dualistas, seria um antecedente lógico do direito internacional, não sendo o Estado que está para o direito internacional, mas sim este que está para aquele. Em outras palavras, para que o direito internacional seja integrado à ordem jurídica interna, faz-se necessário também entendê-lo como parte integrante do direito estatal, este sim a única ordem verdadeiramente soberana.

Seria o direito interno, portanto, aquele criado exclusivamente pelo Estado, sem a participação de qualquer outro ente, o responsável único a autorizar o ingresso de uma norma internacional no plano do direito interno. Nessa concepção, o Estado recusa a aplicação imediata ao direito internacional, apenas alcançável por meio de procedimento de incorporação próprio do direito interno. É dizer, a norma internacional

só vale quando recebida pelo direito interno, não operando, a simples ratificação, essa transformação. Seria, nessa linha, necessária uma derradeira manifestação dos poderes constituídos, a fim de transformar a norma internacional em norma interna. Nesse caso, havendo conflito de normas, já não mais se trataria de contrariedade entre o tratado e a norma interna, mas entre duas disposições nacionais, uma das quais consistente na materialização da norma convencional transformada.

David Feldman (1999) sintetizou o que entende serem os dois principais argumentos a favor da teoria dualista, evidenciando a soberania estatal, através do princípio da autodeterminação, e o protagonismo do texto constitucional nos seguintes termos:

The separation of international and municipal law can be justified by reference to two considerations. The first, derived from political theory, is concerned with self-determination, democracy, and accountability. It would be wrong for national law to be subject to alteration by events on the international plane over which the municipal legislature has no control. Dualism protects national self-determination and political processes against legislation by treaty. The second consideration derives from constitutionalism, particularly the principle of the rule of law. While the content of the rule of law is controversial, as a minimum it demands that it should be possible to say with reasonable confidence whether or not a specified norm forms part of the municipal legal system. This should be achieved by principles laid down in the constitution, or by rules validly made for that purpose under the constitution. (FELDMAN, 1999, s/p)²⁶

Esta teoria teve em Carl Heinrich Triepel, na Alemanha, um de seus maiores defensores, especialmente na obra *Volkerrecht und Landesrecht*, de 1899. Nas palavras de Triepel, "quando se fala das relações entre o direito internacional e o direito interno, supõe-se como estabelecido que o direito internacional é diferente do direito interno". Por isso é que, segundo Triepel, os juízes nacionais "são obrigados a aplicar o direito interno, mesmo contrário ao direito internacional" (MAZZUOLI, 2015, p. 95). Tal afirmação, no entanto, é bastante questionável na atualidade, especialmente na seara da

²⁶ A divisão entre direito internacional e direito interno pode ser justificada a partir de duas considerações fundamentais. A primeira, derivada da teoria política, diz respeito à autodeterminação, democracia e possibilidade de responsabilização. Seria errado que a legislação nacional estivesse sujeita a alterações por eventos no plano internacional sobre os quais o direito interno não tem controle. O dualismo protege a autodeterminação nacional e os processos políticos contra as normas estabelecidas por meio de tratados. A segunda consideração deriva do constitucionalismo, especialmente do princípio do estado de direito. Embora o conteúdo do estado de direito seja controverso, no mínimo, exige que seja possível dizer com razoável confiança se uma norma específica faz parte ou não do sistema jurídico nacional. Isto deve ser alcançado pelos princípios estabelecidos na constituição, ou por regras validamente feitas para esse propósito sob a constituição. (FELDMAN, 1999, s/p)

proteção internacional dos direitos humanos e à luz da teoria da responsabilidade internacional do Estado.

Nesse sentido, David Feldman (1999) a despeito de, conforme visto acima, reconhecer a relevância da justificativa democrática para a soberania nacional, aponta que fatores de ordem interna e internacional podem contribuir para uma relativização parcial da dominação nacional sobre o conteúdo da lei, particularmente, em matérias cuja importância seja tal que se torne adequada sua aplicação, independente da concordância do Estado. Nas palavras do autor:

The democratic justification for national sovereignty in law-making is powerful. The reference to international law presents a problem of legitimacy in national constitutional law. In a democracy, why should sources external to the state, over which the state and its electorate have no control or even much influence, help to shape the meaning of the Constitution for a free and sovereign people? Nevertheless, international and national factors may militate in favour of a limited relaxation of national domination over the content of municipal law. Some standards in international law (*jus cogens*) are regarded as sufficiently important to make it proper to enforce them without the need for national agreement, and notwithstanding any agreement to the contrary. Within a state, historical circumstances may make people feel a need to turn to international law as a source of standards of fairness and humanity to supplement local traditions which may be tainted with bias, discrimination or faction. (FELDMAN, 1999, s/p)²⁷

Atualmente, os adeptos do chamado *dualismo moderado* sustentam a necessidade de um ato formal de internalização para que o tratado entre vigor, entendendo, no entanto, que não é essencial que tal ato adote a fórmula legislativa. Nessa linha, o STF tem exigido, mesmo após a aprovação do tratado pelo Congresso Nacional, a promulgação do tratado no âmbito interno, por meio de um decreto presidencial. O referido entendimento do Supremo restou claramente evidenciado na decisão da ADIn 1.480-DF:

[...] O decreto presidencial, que **sucede** à aprovação congressional do ato internacional e à troca dos respectivos instrumentos de ratificação, revela-se -

²⁷ A justificativa democrática para a soberania nacional no processo legislativo é poderosa. A referência ao direito internacional apresenta um problema de legitimidade no direito constitucional nacional. Em uma democracia, por que fontes externas ao Estado, sobre as quais o Estado e seu eleitorado não têm controle ou mesmo muita influência, ajudam a moldar o significado da Constituição para um povo livre e soberano? No entanto, fatores internacionais e nacionais podem ser a favor de um relaxamento limitado da dominação nacional sobre o conteúdo do direito interno. Algumas normas do direito internacional (*jus cogens*) são consideradas suficientemente importantes para que se possa aplicá-las sem necessidade de acordo nacional e, apesar de qualquer acordo em contrário. Dentro de um estado, as circunstâncias históricas podem fazer com que as pessoas sintam a necessidade de recorrer ao direito internacional como uma fonte de padrões de justiça e humanidade para complementar as tradições locais que podem ser contaminadas com preconceito, discriminação ou segregação. (FELDMAN, 1999, s/p)

enquanto momento culminante do processo de incorporação desse ato internacional ao sistema jurídico doméstico - manifestação essencial e insuprimível, especialmente se considerados os três efeitos básicos que lhe são pertinentes: (a) a **promulgação** do tratado internacional; (b) a **publicação** oficial de seu texto; e (c) a **executoriedade** do ato internacional, que passa, então, **e somente então**, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. (BRASIL, 1998, grifo nosso)

Por sua vez, a teoria monista, que tem em Kelsen o seu maior expoente, parte de uma premissa diametralmente oposta à concepção dualista, vez que tem como fundamento a unidade do conjunto das normas jurídicas, internas e internacionais. Para os adeptos do monismo, então, o direito internacional e o direito interno são dois ramos do direito dentro de um só sistema jurídico. Trata-se da teoria segundo a qual o direito internacional se aplica diretamente na ordem jurídica dos Estados, independentemente de qualquer transformação, uma vez que esses mesmos Estados, nas suas relações com outros sujeitos do direito das gentes, mantêm compromissos que se interpenetram e que somente se sustentam juridicamente por pertencerem a um sistema jurídico uno, baseado na identidade de sujeitos e de fontes. Sendo assim, tanto o direito interno como o direito internacional estariam aptos para reger as relações jurídicas dos indivíduos, sendo inútil qualquer processo de transformação das normas internacionais no ordenamento jurídico interno (MAZZUOLI, 2015, p.98-99).

Ainda segundo esta concepção, o direito internacional e o direito interno convergem para um mesmo todo harmônico, em uma situação de superposição em que o direito interno integra o direito internacional, retirando deste a sua validade lógica. Em outras palavras, “não há dois círculos contíguos que não se interceptam, mas, ao contrário, dois círculos superpostos (concêntricos) em que o maior representa o Direito Internacional que abarca, por sua vez, o menor, representado pelo Direito interno” (MAZZUOLI, 2015, p.99).

Para os autores que adotam a teoria monista, quando um Estado assina e ratifica um tratado há o surgimento de um compromisso jurídico; e se tal compromisso envolve direitos e obrigações que podem ser exigidos no âmbito do direito interno do Estado, não se faz necessária, apenas por esse fato, a edição de um novo diploma normativo, materializando internamente a obrigação assumida.

Uma vez aceita a tese monista, nasce a questão da hierarquia entre as normas internas e internacionais, o que não acontece quando se aceita a doutrina dualista, que vê as duas ordens jurídicas como esferas separadas e sem interpenetração entre elas (a menos que o direito internacional seja transformado em direito interno, como já se

falou). No que tange à hierarquia entre as ordens jurídicas interna e internacional, a doutrina monista se divide em três correntes: monismo nacionalista, monismo internacionalista e monismo internacionalista dialógico.

O monismo nacionalista entende que em caso de conflito deve dar-se primazia de escolha – sobre a hierarquia – à ordem jurídica nacional de cada Estado; as bases filosóficas dessa linha encontram guarida na obra de Hegel (1770 - 1831), que via no Estado um ente cuja soberania (correspondente ao *imperium* do direito romano) seria irrestrita e absoluta²⁸. Tal linha aceita a integração do direito das gentes ao direito interno, mas sob o ponto de vista do primado da ordem jurídica estatal, valendo tal integração somente na medida em que o Estado reconhece como vinculante em relação a si a obrigação contraída (MAZZUOLI, 2015, p. 101). Os monistas defensores do predomínio interno dão, assim, especial atenção à soberania de cada Estado, levando em consideração o princípio da supremacia da Constituição. Para eles, é no texto Constitucional que devem ser encontradas as regras relativas à integração e ao exato grau hierárquico das normas internacionais (escritas e costumeiras) na órbita interna. Trata-se, como se vê, da doutrina da delegação, que apregoa a obrigatoriedade do direito internacional como decorrência das regras do direito interno. Sob esse ponto de vista, o direito internacional só é internamente obrigatório porque o direito interno - no exercício de sua competência soberana - o reconhece como vinculante em relação a si (KELSEN, 2006, p. 372-373).

Já o monismo internacionalista, segunda corrente em que se divide a teoria monista, leciona que deve sempre prevalecer o direito internacional em detrimento do direito interno. Esta doutrina, que é resultado do chamado antivoluntarismo, foi desenvolvida principalmente pela Escola de Viena, tendo se firmado no cenário mundial a partir do século XX, notadamente após a Segunda Guerra Mundial. Segundo essa concepção, o direito interno deriva do direito internacional, que representa uma ordem jurídica hierarquicamente superior. No ápice da pirâmide das normas encontra-se, pois, o direito internacional, do qual provém o direito interno, que lhe é subordinado. Ambos os ordenamentos, o interno e o internacional, sob o comando deste último, marcham

²⁸ Há, atualmente, um debate sobre diferentes interpretações de Hegel e a possibilidade de que um discurso voltado para a defesa de um Estado autoritário e expansionista tenha se apropriado de sua obra, especialmente no que se refere a algumas de suas colocações em *Fenomenologia do Espírito*, sem que isso se coadune com o que o trabalho do autor como um todo defendia. Sobre tal discussão, ver a dissertação de Carolina von der Weid (2004), especialmente o terceiro capítulo, disponível em: http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0210264_04_cap_03.pdf.

pari passu rumo ao progresso da cultura e das relações humanas. Nesse caso, é o direito internacional que determina tanto o fundamento de validade, como o domínio territorial, pessoal e temporal de validade das ordens jurídicas internas de cada Estado. É dizer, não há duas ordens jurídicas coordenadas, como na concepção dualista, mas duas ordens jurídicas, uma das quais – o direito interno – é subordinada à outra – o direito internacional.

Nesse sentido, Valerio Mazzuoli (2015, p. 107) destaca que a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT), de 1969, ratificada pelo Estado brasileiro em 14 de dezembro de 2009, através do Decreto nº 7.030, consagrou expressamente a posição monista internacionalista no seu art. 27, segundo o qual um Estado "não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado". O referido artigo, "ao ser analisado sob a ótica dos direitos humanos, reforça a proteção concedida à pessoa humana, alinhando-se ao alicerce maior da teoria do direito internacional dos direitos humanos, qual seja, a construção do conteúdo de dignidade humana" (ÁVILA e MONTI, 2012, p. 24). Importante mencionar desde já que a proibição de se alegar disposições de direito interno para afastar obrigação firmada internacionalmente, apesar de coerente com a relevância do bem jurídico tutelado pelos tratados de direitos humanos, é contrária ao entendimento adotado pelo STF (ÁVILA e MONTI, 2012, p. 24).

Por fim, a última vertente da teoria monista leva em conta especialmente a questão dos direitos humanos. O chamado monismo internacionalista dialógico, cujo desenvolvimento é creditado a Valério Mazzuoli, como o próprio nome está a indicar, é uma subdivisão do monismo internacionalista, a ser utilizada quando o conflito entre o direito internacional e o direito interno diz respeito a uma questão de direitos humanos. A ideia aqui defendida é a de se buscar a "melhor norma", à luz da dimensão material ou substancial das fontes de proteção em jogo, prevalecendo a que maior peso protetivo tiver em determinado caso concreto. No monismo internacionalista dialógico, a prevalência da norma internacional sobre a interna continua a existir mesmo quando os instrumentos internacionais de direitos humanos autorizam a aplicação da norma interna mais benéfica, visto que, nesse caso, a aplicação da norma interna no caso concreto é concessão da própria norma internacional que lhe é superior, o que estaria a demonstrar a existência de uma hierarquia, típica do monismo internacionalista, contudo muito mais fluida e totalmente diferenciada da existente no direito internacional tradicional (MAZZUOLI, 2015, p. 108-109).

A despeito de todo o exposto, há quem argumente que as teorias monista e dualista, não mais atendem à finalidade de compreender a articulação entre direito interno e direito internacional. Nesse sentido, Armin von Bogdandy (2008, p. 400) compreende monismo e dualismo como insatisfatórios, uma vez que: seus argumentos são herméticos; as afirmações centrais são pouco desenvolvidas; em ambas as teorias, visões opostas são simplesmente descartadas como “ilógicas”; e, por fim, não estão vinculados ao debate teórico contemporâneo. O autor afirma ainda que tais teorias são igualmente insatisfatórias no que se refere à solução de questões legais. Em suas palavras:

Monism and dualism should cease to exist as doctrinal and theoretical notions for discussing the relationship between international law and internal law. Perhaps they can continue to be useful in depicting a more open or more hesitant political disposition toward international law. But from a scholarly perspective, they are intellectual zombies of another time and should be laid to rest, or “ deconstructed. ” The general understanding of the relationship between international law and domestic law should be placed on another conceptual basis. (BOGDANDY, 2008, p. 400)²⁹

Na mesma linha, Paola Andrea Acosta Alvarado (2016, p. 16-17) afirma que o contexto que alimentava as teorias tradicionais sobre a relação entre direito internacional e direito interno mudou e tal mudança traz consigo a necessidade de se pensar em uma nova forma de construir, compreender e explicar a referida relação. A autora pontua, no entanto, que *“aun cuando existe claridad sobre la necesidad de un cambio y pese a que hay algunas luces sobre cómo afrontarlo, no existe aún certeza alguna sobre el camino a seguir ni mucho menos sobre el objetivo a lograr”* (ACOSTA ALVARADO, 2016, p. 17)³⁰.

Sobre a mudança de cenário mencionada pela autora, Neil Walker (2008, p. 373) comenta:

The recent proliferation of transnational forms of legal regulation and recognition has transformed the way we understand the global legal configuration, both in quantitative and in qualitative terms. Quantitatively, so dense are the connections and so significant the overlaps between legal orders that they can no longer easily be compartmentalized –still less

²⁹ Monismo e o dualismo deveriam deixar de existir como noções doutrinárias e teóricas voltadas para a discussão da relação entre o direito internacional e o direito interno. Talvez eles possam continuar a ser úteis para retratar predisposições mais abertas ou mais hesitantes em relação ao direito internacional. Mas, do ponto de vista acadêmico, eles são zumbis intelectuais de outro tempo e deveriam ser postos para descansar, ou "desconstruídos". O entendimento geral da relação entre o direito internacional e o direito interno deve ser colocado em outra base conceitual (BOGDANDY, 2008, p. 400).

³⁰ “mesmo que haja clareza sobre a necessidade de uma mudança e, embora haja algumas luzes sugerindo como fazê-lo, ainda não existe certeza no caminho a seguir, muito menos no objetivo a se alcançar” (ACOSTA ALVARADO, 2016, p. 17).

marginalized— as mere boundary disputes. Qualitatively, the underlying basic grid, or ‘order of orders’, through which we make sense of such connections and overlaps, is no longer well understood in traditional Westphalian terms – as the accommodation of mutually exclusive state sovereignties within a largely facilitative framework of international law. (WALKER, 2008, p. 373)³¹

Diante desse contexto, proposta de Bogdandy (2008) é no sentido de que a pergunta relativa à hierarquia dos tratados em relação ao ordenamento jurídico interno seja respondida dentro do processo constitucional doméstico de acordo com a experiência, expectativas e convicções das várias e diversas comunidades. Nesse sentido, o autor introduz o conceito de pluralismo constitucional afirmando que esse “não implica uma separação estrita entre regimes legais. Pelo contrário, promove a percepção de que há uma interação entre as diferentes ordens jurídicas” (BOGDANDY, 2008, p. 401). Este conceito tem consequências de longo alcance para a compreensão do direito constitucional, na medida em que, conforme explica o autor, qualquer constituição dada não define um universo normativo, mas é, antes, um elemento de uma normativa pluriuniversal.

O pluralismo constitucional, que pode ser entendido como uma manifestação específica do pluralismo jurídico³², argumenta a natureza constitucional de certos componentes do direito internacional e, sobretudo, que direito interno e direito internacional são ordenamentos distintos, mas interdependentes e, portanto, a relação entre eles não é hierárquica. Conforme explica Acosta Alvarado:

Según el pluralismo constitucional, derecho internacional y derecho interno son dos ordenamientos diferentes que, no obstante, comparten varios puntos de intersección, sin que ello implique relación jerárquica alguna, por lo que resulta necesario formular una serie de principios para su acoplamiento. Estos principios se construyen tomando en consideración los objetivos de ambos ordenamientos y lo mejor de cada uno de ellos.

Así, esta teoría, como el dualismo, asume la existencia de dos ordenamientos diferentes. Sin embargo, contrario a lo señalado por Triepel y sus seguidores, estos ordenamientos no son compartimentos estancos. A la luz de la nueva realidad, derecho nacional e internacional se solapan, pues comparten objetivos, destinatarios, competencias e incluso instituciones. En este sentido, el pluralismo constitucional, como el monismo, reconoce la conexión entre los dos ordenamientos, sin que ello signifique, no obstante, unicidad de los

³¹ A recente proliferação de formas transnacionais de regulação e reconhecimento legais transformou a forma como entendemos a configuração jurídica global, tanto em termos quantitativos como qualitativos. Quantitativamente, tão densas são as conexões e tão significativas as sobreposições entre ordens legais que elas não mais podem ser facilmente compartimentadas - muito menos marginalizadas - como meras disputas de limites. Qualitativamente, a grade básica subjacente, ou "ordem de ordens", através da qual entendemos tais conexões e sobreposições, não é mais bem entendida nos termos westfalianos tradicionais - como a acomodação de soberanias de Estado mutuamente excludentes dentro de uma moldura do direito internacional. (WALKER, 2008, p. 373)

³² Sobre pluralismo jurídico, ver: Wokmer (2015) e Figueiredo, Conci e Gerber (2017).

mismos ni mucho menos jerarquía o pretensión de universalidad. (ACOSTA ALVARADO, 2016, p. 29-30)³³

A partir da compreensão das teorias monista e dualista, bem como do pluralismo constitucional, torna-se possível abordar o segundo prisma de compreensão da relação entre direito internacional e direito interno, qual seja: como o direito internacional vê o direito interno. A prática reiterada das Cortes internacionais é no sentido de considerar a norma interna um “mero fato” que expressa a vontade do Estado. Nesse sentido, têm-se a histórica decisão da Corte Permanente de Justiça Internacional que estabeleceu que *“from the standpoint of International Law and of the Court which is its organ, municipal laws are merely facts which express the will and constitute the activities of States, in the same manner as do legal decisions or administrative measures”*³⁴ (CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL, 1926, p. 19).

Nessa linha, o direito interno só será aplicado se uma norma internacional a ele fizer remissão, em outras palavras, para o direito internacional, os atos normativos internos, sejam eles leis ou decisões judiciais, são expressões da vontade de um Estado e devem ser compatíveis com seus engagements internacionais anteriores sob pena de ser o Estado responsabilizado internacionalmente. Um Estado não poderá justificar eventual descumprimento de uma obrigação internacional com alegação relativa a mandamento interno, podendo, caso o faça, com base na contemporânea teoria da responsabilidade internacional do Estado, ser condenado a reparar danos. Conforme aponta André de Carvalho Ramos (2004, p. 132), “tal entendimento deve estar nas mentes de todos os operadores do direito interno, em especial os membros dos órgãos de cúpula do Estado brasileiro”.

³³ De acordo com o pluralismo constitucional, o direito internacional e o direito interno são dois sistemas diferentes que, no entanto, compartilham vários pontos de intersecção, sem que isso implique qualquer relação hierárquica, por isso é necessário formular uma série de princípios para o seu acoplamento. Esses princípios são construídos levando em consideração os objetivos de ambos os regulamentos e o melhor de cada um deles. Assim, esta teoria, como o dualismo, assume a existência de duas ordens diferente, no entanto, ao contrário do que foi afirmado por Triepel e seus seguidores, estes sistemas não são compartimentos estanques. À luz da nova realidade, o direito nacional e internacional se sobrepõem, pois compartilham objetivos, destinatários, poderes e até instituições. Nesse sentido, o pluralismo constitucional, como o monismo, reconhece a conexão entre os dois sistemas, sem que isso signifique, no entanto, unidade dos mesmos ou muito menos hierarquia ou pretensão de universalidade. (ACOSTA ALVARADO, 2016, p. 29-30)

³⁴ Do ponto de vista do direito internacional e da Corte que é seu órgão, as leis internas são meros fatos que expressam a vontade e constituem as atividades dos Estados, da mesma forma que decisões judiciais ou medidas administrativas.

Para ilustrar tal posicionamento e como tal interpretação do direito internacional com relação ao direito interno não é nova, cabe mencionar o primeiro caso julgado pela extinta Corte Permanente de Justiça Internacional. Em síntese, o navio inglês Wimbledon, fretado por uma companhia francesa e carregado de armas que seriam destinadas à guerra civil polonesa, foi detido pelas autoridades alemãs no Canal de Kiel, sob o argumento de ofensa à neutralidade alemã estabelecida na Constituição de Weimar. Ocorre que o livre trânsito naquele Canal havia sido estabelecido pelo tratado de paz de Versailles (1919). Diante desse cenário, a referida Corte afirmou, em julgado de 1923, a necessidade do cumprimento de um tratado internacional, mesmo que isso acarrete descumprimento de um dispositivo normativo de direito interno.

No caso de controvérsias envolvendo direitos humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) também sustentou a prevalência do direito internacional, mesmo diante de norma constitucional, no caso da censura ao filme *Ultima Tentação de Cristo* no Chile. Nos termos da sentença:

Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. (CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS, 2001)

A conclusão da CIDH foi que, a despeito da previsão do art. 19 da Constituição Chilena, em razão dos princípios e normas de natureza internacional aplicáveis ao caso, o Estado deveria modificar seu ordenamento jurídico interno.

A despeito de tal posicionamento adotado majoritariamente pelos órgãos internacionais e pela literatura especializada em direito internacional dos direitos humanos, é certo que cada Estado, levando em conta variados fatores (tradição legislativa, cultura jurídica, aspectos econômicos, entre outros), disciplina como melhor lhe parece a questão da aplicação interna do direito internacional (primeiro viés aqui abordado). Todavia, quanto se trata de direitos humanos, tal regulamentação precisa ser analisada com maior rigor. Nesse sentido, torna-se cada vez mais importante a busca por respostas concretas para os conflitos entre as ordens internacional e interna, em detrimento do debate teórico entre os defensores das concepções monista e dualista. Isso não significa, contudo, que o problema das relações entre o direito internacional e o

direito interno tenha perdido interesse jurídico ou não tenha relevância prática, notadamente no que respeita à hierarquia entre as normas relevantes dos dois sistemas. O que ocorre é que, especialmente na chamada era dos direitos humanos, a qual agora se atravessa, é possível agregar às doutrinas tradicionais métodos mais aptos a resolver os problemas que a pós-modernidade apresenta.

A reflexão que demanda a adequada proteção dos direitos da pessoa humana não é superficial. Comumente se encontra na literatura menção ao princípio da primazia da norma mais favorável, desenvolvido para buscar solucionar eventual conflito entre a norma interna e a norma internacional. Tal princípio, que engloba a ideia de que deve necessariamente ser aplicada pelo interprete a norma mais favorável ao indivíduo, é verdadeiro dispositivo convencional internacional e consiste na impossibilidade de se invocar uma norma internacional para reduzir direitos já garantidos em outros tratados ou mesmo na legislação interna.

No direito internacional dos direitos humanos, então, conforme aponta Cançado Trindade, estaria superada a polemica clássica entre monistas e dualistas. Para o referido autor:

no presente domínio de proteção, não mais há pretensão de primazia do direito internacional ou do direito interno, como ocorria na polemica clássica entre monistas e dualistas. No presente contexto, a primazia é da norma mais favorável às vítimas, que melhor as proteja, seja ela de direito internacional ou de direito interno (CANÇADO TRINDADE, 1997, p. 434)

No Brasil, a despeito da ratificação da CVDT, a praxe de incorporação interna de tratados internacionais exige a aprovação do tratado pelo Congresso Nacional – fase do decreto legislativo – e a posterior promulgação do mesmo pelo Executivo – fase do decreto executivo. Com efeito, o Judiciário brasileiro, ao interpretar o texto da CRFB/88, afirma, por meio de posição consolidada do STF, que é essencial a internalização das normas internacionais através de ato do Legislativo e, na sequência, cumulativamente, de ato do Executivo. Sobre esse ponto, André de Carvalho Ramos (2002, p. 325-326), comenta que

no Brasil, há patente omissão de nossa Constituição em face do status normativo interno tanto das normas internacionais convencionais, quanto das normas não-convencionais protetivas. A omissão do constituinte originário transferiu o ônus da decisão ao Poder Judiciário, que interpretando a nossa lei fundamental, afirma, através da posição consolidada do Supremo Tribunal Federal, que é necessária a incorporação interna das normas convencionais [...].

Assim, as regras de como o direito brasileiro vê o direito internacional estariam na própria CRFB/88, no entanto, essa inserção não se fez com destaque, uma vez que, conforme aponta André de Carvalho Ramos (2013, p. 119-120), “a atual Constituição nem sequer possui um capítulo específico sobre o tema”. Assim sendo, coube ao STF a tarefa de interpretar os artigos que mencionam a questão, sendo certo que é o posicionamento da referida Corte que sintetiza a essência da visão do direito brasileiro sobre o direito internacional.

3.2 O *status* e a efetividade do direito internacional no Brasil

O texto constitucional brasileiro não estatuiu de maneira clara em nenhum de seus dispositivos qual a posição hierárquica do direito internacional perante o direito interno. Desta feita, ficou a cargo da jurisprudência e da literatura especializada tal incumbência. O que existe atualmente no texto da CRFB/88 é o §3º do art. 5º, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que trouxe a possibilidade de os tratados de direitos humanos – e somente esses – passarem a ser formalmente constitucionais. No entanto, mesmo tal previsão é problemática, como se verá adiante. Este tópico abordará a hierarquia entre os tratados internacionais comuns e as leis internas. Para tanto, faz-se necessário abordar, ainda que de maneira breve, o significado jurídico dos tratados internacionais. O problema relativo à hierarquia e efetividade dos tratados de direitos humanos será estudado no capítulo seguinte.

3.2.1 Breves considerações sobre os tratados internacionais

Os tratados internacionais³⁵, enquanto acordos internacionais juridicamente obrigatórios e vinculantes, constituem hoje a principal fonte de obrigação do direito internacional, pois exigem expressa manifestação de consentimento das partes. O papel anteriormente reservado ao costume internacional foi transferido para os tratados que, com o crescente positivismo internacional, se tornaram a fonte maior de obrigação no plano internacional. Nesse sentido, têm-se o art. 38 do estatuto da Corte Internacional de

³⁵ A CRFB/88 possui alguns dispositivos que mencionam tratados utilizando uma terminologia variada: tratados internacionais (art. 5º, §§ 2º e 3º; art. 49, I; art. 84, VIII; art. 109, V e §5º), convenção internacional (art. 5º, §3º; art. 84, VIII; art. 109, V), atos internacionais (art. 49, I; art. 84, VIII), acordos internacionais (art. 49, I e art. 178). Apesar dos esforços da literatura especializada em diferenciar essas categorias, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados cristalizou a prática dos Estados em considerar esses termos como sinônimos, como se vê em seu art. 2º, 1, a. (RAMOS, 2014, p. 375)

Justiça, comumente entendido como um rol de fontes do direito internacional, que dispõe em sua alínea “a” que a CIJ aplicará “as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes”.

Sobre as diferenças entre costume e tratados, do ponto de vista de sua formação, bem como da atuação do Estado, Malcolm Shaw (2008) comenta:

As far as treaties are concerned, different rules apply as to their application within the domestic jurisdiction for very good historical and political reasons. While customary law develops through the evolution of state practice, international conventions are in the form of contracts binding upon the signatories. For a custom to emerge it is usual, though not always necessary, for several states to act in a certain manner believing it to be in conformity with the law. Therefore, in normal circumstances the influence of one particular state is not usually decisive. In the case of treaties, the states involved may create new law that would be binding upon them irrespective of previous practice or contemporary practice. In other words, the influence of the executive is generally of greater impact where treaty law is concerned than is the case with customary law [...]. (SHAW, 2008, p. 148)³⁶

A natureza obrigatória dos tratados baseia-se no princípio costumeiro de direito internacional que dispõe sobre o caráter vinculante dos acordos (*pacta sunt servanda*). Os tratados podem ser divididos em tratados de "legislação", que se destinam a ter relevância universal ou geral, e "tratados-contratos", que se aplicam somente entre dois ou um pequeno número de Estados. Tal distinção, quando adotada pela literatura especializada, se destina a refletir a aplicabilidade geral ou local de um determinado tratado e o conjunto de obrigações impostas (SHAW, 2008, p. 94). Independente das classificações, é certo que à medida que os controles governamentais aumentam e as tecnologias e revoluções afetam a vida internacional, o número de questões que demandam alguma forma de regulação entre Estados também cresce.

A necessidade de regular e disciplinar o processo de formação dos tratados internacionais resultou na elaboração da Convenção de Viena, concluída 1969 e ratificado pelo Estado brasileiro em 2009, que teve por finalidade servir como a “lei dos tratados”. Contudo, o referido acordo tutela, em primeira instância, os tratados

³⁶ No que diz respeito aos tratados, aplicam-se regras diferentes quanto à sua aplicação dentro da jurisdição interna por bons motivos de origem histórica e política. Enquanto o direito consuetudinário se desenvolve através da evolução das práticas de Estado, as convenções internacionais assumem a forma de contratos para os signatários. Para um costume surgir, é comum, embora não sempre necessário, que vários Estados adotem certa maneira de agir acreditando essa estar em conformidade com a lei. Portanto, em circunstâncias normais a influência de um Estado particular geralmente não é decisiva. No caso dos tratados, os estados envolvidos podem criar nova lei que seria vinculativa sobre eles, independentemente da prática anterior ou prática contemporânea. Em outras palavras, a influência do Executivo é geralmente de maior impacto no que se refere aos tratados do que no caso do direito consuetudinário (...)(SHAW, 2008, p. 148).

celebrados entre os Estados, sendo aplicado a aqueles dos quais participam organizações internacionais apenas como costume internacional, uma vez que a Convenção sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações, de 1986, ainda não se encontra em vigor³⁷. Nesse sentido, cabe observar que o presente estudo ficará adstrito tão somente aos tratados celebrados por Estados, uma vez que são esses, em princípio, os tratados que importam para a compreensão do sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

Nesse sentido, a primeira regra que se deve fixar é a de que os tratados internacionais se aplicam somente aos Estados-parte, ou seja, aos Estados que expressamente consentiram em sua adoção. Nos termos do art. 6º da Convenção de Viena: “todo Estado possui capacidade para concluir tratados”. Os tratados não podem criar obrigações para os Estados sem o consentimento desses e, por essa razão, se pode considerar a atuação nacional, no momento de celebração do tratado, como manifestação da soberania do Estado, não sendo razoável, portanto, a alegação de que eventual procedimento de averiguação internacional violaria a soberania nacional.

Os tratados são, por excelência, expressão de consenso. Apenas pela via do consenso podem os tratados criar obrigações legais, uma vez que os Estados soberanos, ao aceita-los, se comprometem a respeitá-los. O art. 52 da CVDT prevê a exigência do consenso e dispõe que o tratado será nulo se a sua aprovação for obtida mediante ameaça ou pelo uso da força, em violação aos princípios de direito internacional inscritos na Carta da ONU.

O já mencionado art. 27 da CVDT, ao estabelecer que “uma parte não pode invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado”, estabelece o princípio da boa-fé, pelo qual cabe ao Estado conferir plena observância ao tratado de que é parte, inclusive no âmbito interno.

A sistemática concernente ao exercício do poder de celebrar tratados é deixada a critério de cada Estado. Por essa razão, as exigências constitucionais relativas ao processo de formação dos tratados variam significativamente. Em geral, o processo de formação dos tratados tem início com os atos de negociação, conclusão e assinatura do

³⁷ A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, depois de longos debates, foi concluída em 21 de março de 1986, por 67 votos a 1 (tendo sido registradas 23 abstenções). A mesma ainda não entrou em vigor no âmbito internacional, por não ter atingido o quórum mínimo de 35 ratificações de Estados (nos termos do seu art. 85). Conforme aponta MAZZUOLI (2015, p. 363-364), nos trabalhos preparatórios da Convenção de 1986 a ideia básica era identificar e formular as regras necessárias à consolidação e desenvolvimento de uma prática com bases sólidas reconhecendo o valor jurídico dos tratados das organizações internacionais, independentemente dos traços especiais que possam caracterizar cada organização.

tratado, que são de competência do Executivo. A assinatura do tratado, isoladamente, traduz um aceite precário e provisório não irradiando efeitos jurídicos vinculantes. Trata-se da mera aquiescência do Estado em relação à forma e ao conteúdo final do tratado (PIOVESAN, 2007, p. 47).

A CVDT estabelece, em linhas gerais, nos arts. 11 a 17, que o consentimento do Estado em obrigar-se por meio de um tratado pode ser expresso mediante assinatura, troca de instrumentos constituintes do tratado, ratificação, aceitação, aprovação, adesão ou através de qualquer outro meio acordado. Por sua vez, o art. 12 fixa as hipóteses em que a ratificação é necessária, em adição à assinatura, no sentido de estabelecer a aceitação do Estado no que toca à obrigatoriedade do tratado. No direito internacional, a ratificação se refere à subsequente confirmação formal por um Estado, após a assinatura, de que este se encontra obrigado a cumprir o tratado. Entre a assinatura e a ratificação, o Estado está sob a obrigação de obstar atos que violem os objetivos ou os propósitos do tratado.

3.2.2 Da formação da vontade à incorporação

A primeira ideia a fixar-se é a de que os tratados e convenções internacionais são atos solenes, cuja conclusão requer a observância de uma série de formalidades rigorosamente distintas e sucessivas. Eles somente se completam após a realização de sucessivos atos jurídicos que vão se encadeando e se entrelaçando desde a sua celebração até a sua entrada em vigor (MAZZUOLI, 2015, p. 228).

Conforme definição de André de Carvalho Ramos (2014, p. 376-380), há três fases que levam à formação da vontade do Brasil em celebrar um tratado, assumindo obrigações perante o direito internacional, quais sejam: *a*) a fase da assinatura; *b*) a fase da aprovação congressual (Decreto Legislativo); e *c*) a fase da ratificação. Após essas etapas, há que se considerar ainda a necessidade de incorporação do tratado já celebrado, que se dá através de um Decreto Presidencial. Mazzuoli (2015, p. 228) aponta que essa última exigência “é apenas complementar às demais e visa dar aplicabilidade interna ao compromisso internacionalmente firmado; sua ausência não exime, em absoluto, o Estado de responder pelos termos do tratado já ratificado e em vigor”.

A fase da assinatura é iniciada com as negociações a respeito do teor do futuro tratado. As negociações dos tratados internacionais não possuem destaque no corpo da

CRFB/88, sendo consideradas de atribuição do Chefe de Estado, em decorrência implícita do disposto no art. 84, VIII, que dispõe que compete ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e acordos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

Em geral, após uma negociação bem sucedida, o Estado realiza a assinatura do acordo, nos termos negociados, manifestando sua predisposição em celebrar, no futuro, um tratado com aquele texto. Há ainda a possibilidade de adesão a textos de tratados já existentes, dos quais o Brasil não tenha tomado parte nas negociações. Independente do cenário, também “a assinatura é de atribuição do Chefe do Estado, fruto do disposto no art. 84, VIII, que utiliza o vocábulo “celebrar” em sentido impróprio: a assinatura, em geral, não vincula o Estado brasileiro. Antes, é necessário, [...] o referendo ou aprovação do Congresso Nacional” (RAMOS, 2014, p. 376-377).

Após a assinatura, cabe ao Poder Executivo encaminhar o texto assinado ao Congresso, no momento em que julgar oportuno. A CRFB/88 foi omissa quanto a prazos – a Constituição de 1967, por exemplo, fixava o prazo de quinze dias após a assinatura para que o Executivo encaminhasse o texto do tratado ao Congresso Nacional (art. 47, parágrafo único). Em razão da ausência de prazo específico, em geral, a literatura especializada entende que o próprio envio é ato discricionário do Presidente.

A segunda etapa do *iter* procedimental de formação dos tratados no Brasil é a da aprovação pelo Congresso, também denominada de fase do decreto legislativo. A Carta de 1824 já previa tal exigência para os tratados concluídos em tempo de paz envolvendo “cessão ou troca de território do Império ou de Possessões a que o Império tenha direito”, determinando que esses não poderiam ser ratificados sem a aprovação previa da Assembleia Geral (art. 102, VIII). Para os demais tratados não era exigida essa anuência prévia, mas tão somente o envio à Assembleia para conhecimento após a ratificação, desde que o interesse ou segurança do Estado permitissem.

A Constituição de 1891 generalizou a necessidade de aprovação antes da ratificação ao dispor, em seu art. 48, item 16, que ao Presidente da República cabia celebrar os tratados sempre *ad referendum* do Congresso. Por sua vez, ao Congresso cabia resolver definitivamente sobre os tratados e convenções com as nações estrangeiras. Para André de Carvalho Ramos (2014, p. 377), “essa fórmula foi o maior avanço constitucional no processo de formação de tratados para o Brasil, impondo a necessidade de aprovação dos textos dos tratados pelo Poder Legislativo”.

Tais disposições foram repetidas, se não de maneira idêntica, em termos muito similares, pela Constituição de 1934, em seus arts. 40 e 56, pela Constituição de 1937, no art. 74, pela Constituição de 1946, nos arts. 66 e 87, e pela Constituição de 1967, em seus arts. 47 e 83.

A referida fórmula encontra-se repetida na CRFB/88 que estabelece que cabe ao Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (art.49, I) e, ainda, conforme visto, que cabe ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

O tramite da fase de aprovação no Congresso Nacional pode ser sintetizado nos seguintes termos:

- i) O Presidente encaminha mensagem presidencial ao Congresso Nacional, fundamentada (a exposição de motivos é feita pelo Ministro das Relações Exteriores), solicitando a aprovação congressional ao texto do futuro tratado, que vai anexo na versão oficial em português.
- ii) Como é iniciativa presidencial, o tramite é iniciado pela Câmara dos Deputados, no rito de aprovação de decreto legislativo, que é espécie legislativa que veicula matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional. De acordo como Regimento Interno da Câmara dos Deputados, a mensagem Presidencial é encaminhada, inicialmente, para a Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, que prepara o projeto de decreto legislativo (PDC). Após, o projeto é apreciado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, que analisa a constitucionalidade do texto do futuro tratado. O próximo passo é o parecer sobre a conveniência e oportunidade da Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, bem como de outras Comissões temáticas, a depender da matéria do futuro tratado. O PDC é remetido ao Plenário da Câmara, para aprovação por maioria simples [...], estando presente a maioria absoluta dos membros da Casa (art. 47, CF/88).
- iii) Após a aprovação no plenário da Câmara, o projeto é apreciado no Senado. No Senado, o projeto é encaminhado à Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional. Em seu rito normal, após o parecer dessa Comissão, o projeto é votado no Plenário. Há, contudo, um rito abreviado previsto no art. 91, §1º, do Regimento do Senado, que possibilita ao Presidente do Senado, ouvidas as lideranças, conferir à Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional a apreciação terminativa (final) do projeto. Aprovado no rito normal (plenário) ou no rito abreviado (Comissão), o presidente do Senado Federal promulga e publica o Decreto Legislativo. Caso o Senado apresente emenda [...], o projeto retorna à Câmara (Casa Iniciadora) para a apreciação [...]. Rejeitada a emenda pela Câmara, o projeto de decreto legislativo segue para o Presidente do Senado Federal para promulgação e publicação. (RAMOS 2014, p.377-378)

É importante observar que, mesmo quando se tratam de tratados relativos a direitos humanos, não há prazo para o termino do procedimento de aprovação no Congresso Nacional. Assim, a depender da conveniência política, o projeto pode ser rapidamente analisado e aprovado ou se arrastar por décadas.

A conjugação das fases internacionais com as fases internas de celebração de atos internacionais faz nascer um procedimento complexo dos poderes da União, em que se agregam as vontades do Executivo e do Legislativo para a perfeita formalização do acordo, o que confere, ao menos em teoria, um viés mais democrático ao processo de celebração de tratados. A participação desses dois órgãos federais é indispensável para formar a vontade da nação em relação ao que foi acordado internacionalmente e trata-se de tendência característica dos textos constitucionais contemporâneos (MAZZUOLI, 2015, p. 229).

Após a ratificação e entrada em vigor do tratado no plano internacional, temos o fim do ciclo de formação de um tratado para o Brasil. No entanto, a norma válida internacionalmente não gozará de validade no âmbito interno até que seja editado o Decreto Executivo pelo Presidente da República e referendado pelo Ministro das Relações Exteriores (art. 87, I, da CRFB/88). O referido decreto inova a ordem jurídica brasileira, tornando válido o tratado no plano interno, porém, não há prazo para sua edição e, até que essa se concretize, o Brasil está vinculado internacionalmente, mas não internamente. “De fato, há casos de edição de decreto executivo quase um ano após a entrada em vigor internacional do tratado” (RAMOS, 2014, p. 380), a despeito desse descompasso, o STF decidiu, reiteradamente, “que o decreto de promulgação é indispensável para que o tratado possa ser recepcionado e aplicado internamente, justificando tal exigência em nome da publicidade e segurança jurídica a todos” (RAMOS, 2014, p. 380).

3.2.3 Hierarquia normativa dos tratados em geral

O STF, desde 1977, vem se manifestando, em desalinho com o direito internacional, no sentido de que os tratados internacionais comuns possuem a mesma estatura da legislação ordinária interna, podendo revogar leis anteriores e ser revogados por lei posterior.

O problema da concorrência entre tratados internacionais e leis internas de estatura infraconstitucional pode ser resolvido, no âmbito do direito das gentes, de duas maneiras. Na primeira, têm-se a prevalência dos tratados sobre todo o direito interno

infraconstitucional, a exemplo das constituições francesa de 1958 (art.55)³⁸, grega de 1975 (art.28, §1º)³⁹ e peruana de 1979 (art. 101)⁴⁰, garantindo pleno vigor aos tratados internacionais, independentemente da eventual existência de leis posteriores que lhe sejam contrárias. Na segunda, tais problemas são solucionados garantindo-se aos tratados um tratamento igualitário em relação às demais leis nacionais. É o chamado sistema de paridade normativa. Nesse caso, as normas infraconstitucionais do país ou outros diplomas normativos congêneres são tomados como parâmetro comparativo para que se estabeleça a paridade. Em outras palavras, havendo conflito entre tratado e lei interna, a solução é encontrada ao se aplicar o princípio *lex posterior derogat priori*.

Por definição oriunda do STF, o Brasil se enquadra nesse segundo sistema. Há mais de vinte anos vigora, na jurisprudência do STF, o sistema paritário no que tange os tratados comuns. Nessa lógica, o tratado, uma vez formalizado, passa a ter força de lei ordinária podendo, por isso, revogar as disposições em contrário ou ser revogado diante de lei posterior. Tal posição do Supremo firmou-se quando do julgamento do Recurso Extraordinário 80.004, que durou cerca de dois anos, e analisou a aplicabilidade da Convenção de Genebra em face do Decreto-lei n. 427/69, que instituía o registro obrigatório da nota promissória em repartição fazendária. A conclusão da Corte no referido julgamento foi a de que, no sistema jurídico brasileiro, tratados e convenções internacionais têm a mesma hierarquia normativa das demais leis ordinárias editadas pelo Estado, não podendo estar situados numa posição hierárquica superior a quaisquer leis internas.

Esse posicionamento jurisprudencial do STF influenciou juízes e tribunais nacionais, tendo sido, no entanto, criticado pela literatura especializada por não ser condizente com a sistemática internacional, tampouco com os movimentos constitucionais contemporâneos. A principal crítica comumente formulada ao julgamento do RE 80.004/SE diz respeito ao pouco caso que fez a Corte com relação ao problema da responsabilidade internacional do Estado brasileiro nos casos de

³⁸ Artigo 55º: Os tratados ou acordos regularmente ratificados ou aprovados têm, a partir da sua publicação, autoridade superior à das leis, sujeito, para cada acordo ou tratado, à sua aplicação pela outra parte.

³⁹ Article 28: 1. The generally recognised rules of international law, as well as international conventions as of the time they are ratified by statute and become operative according to their respective conditions, shall be an integral part of domestic Greek law and shall prevail over any contrary provision of the law. The rules of international law and of international conventions shall be applicable to aliens only under the condition of reciprocity.

⁴⁰ Artículo 101: Los tratados internacionales celebrados por el Peru con otros Estados, forman parte del derecho nacional. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero.

descumprimento de tratado internacional. Tal posicionamento afronta o disposto pelo art. 27 da CVDT, que determina não poder o Estado-parte invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento de um compromisso internacional. Ademais, a desvinculação unilateral de um tratado está condicionada à disciplina da *denúncia*⁴¹, único meio legítimo de o Estado deixar de ser parte de um tratado internacional.

Segundo o posicionamento do STF, a CRFB/88 teria conferido aos tratados internacionais ratificados pelo Brasil o mesmo nível hierárquico das normas infraconstitucionais. Assim é que, quando a Constituição da República Federativa do Brasil diz competir ao STF julgar mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, “quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal” (art. 102, inciso III, b), estaria ela igualando em mesmo grau os dois diplomas. Nessa linha, em caso de conflito entre a norma internacional e a lei interna, deve ser aplicado o princípio geral relativo às normas de idêntico valor, qual seja, o critério cronológico, em que a norma mais recente revoga a anterior.

A doutrina do STF, entretanto, peca pela imprecisão. Admitir que um compromisso internacional perca a vigência em virtude da edição de lei posterior que com ele conflite é permitir que um tratado possa, unilateralmente, ser revogado por um dos Estados-parte. Seria demasiadamente simples burlar todo o pactuado internacionalmente se, por disposições legislativas internas, fosse possível modificar tais normas. Se um Estado se obriga livremente a cumprir um acordo internacional, como justificar que ele possa editar leis contrárias a todo o pactuado? (MAZZUOLI, 2013, p. 94).

Acrescesse a isso o fato de que, não raras vezes, o objetivo de um tratado internacional é o de justamente incidir sobre situações que terão reflexos diretos no plano interno dos Estados signatários. Nesse sentido, Mazzuoli explica que:

Aprovando um tratado internacional, o Poder Legislativo se compromete a não editar leis a ele contrárias. Se o Congresso Nacional dá sua aquiescência ao conteúdo do compromisso firmado, é porque implicitamente reconhece que, se ratificado o acordo, está impedido de editar normas posteriores que o

⁴¹ A denúncia, prevista nos arts. 56 e 70 da CVDT, pode ser definida, conforme explica Mazzuoli (2015, p. 347), como “o ato unilateral pelo qual um partícipe em dado tratado exprime firmemente sua vontade de deixar de ser parte do compromisso internacional. A mesma difere da ab-rogação justamente pelo fato de ser levada a efeito unilateralmente por uma determinada parte no tratado, e não pela totalidade delas.” A denúncia por uma das partes no tratado bilateral extingue o acordo, nos tratados multilaterais, no entanto, via de regra, os termos pactuados deixam de surtir efeito tão somente para a parte que o denuncia, continuando a vigorar para as outras.

contradigam. Assume o Congresso, por conseguinte, verdadeira obrigação negativa, qual seja a de se abster de legislar em sentido contrário às obrigações assumidas. Admitir, pois, que o Legislativo possa editar lei, revogando o tratado anteriormente firmado, é reconhecer o predomínio das Assembleias, em oposição ao dispositivo constitucional que declara harmônicos e independentes os Poderes do Estado brasileiro. (2013, p. 95)

O argumento acima apresentado encontra respaldo ainda na teoria do ato próprio segundo a qual *venire contra factum proprium non valet*. Em outras palavras, ao editar, pela via ordinária, leis contrárias às disposições de um tratado anteriormente celebrado, o Congresso está agindo em oposição à sua conduta anterior de permitir o ingresso de tal instrumento no ordenamento jurídico brasileiro, quebrando, portanto, legítimas expectativas da comunidade internacional, o que pode ser compreendido como má-fé.

Considerando o desenvolvimento histórico do direito internacional, destacadamente na seara dos direitos humanos, é importante ter em mente que o destinatário da norma internacional não raro é o próprio Estado que, por vezes, atua como agente violador de direitos. Nesse sentido, a quebra de legítima expectativa perpetrada pelo descumprimento de uma obrigação internacional pode visar, precisamente, a proteção do Estado e/ou de seus agentes em face de eventual responsabilização interna ou internacional. Nesse sentido, nem sempre o Legislativo será o protagonista, sendo necessário considerar, uma vez mais, a atuação do Supremo Tribunal Federal. Um caso emblemático que ilustra com clareza o que ora se argumenta é o julgamento da ADPF 153 que questionava o dispositivo da Lei 6.683/79 que ampliava os efeitos da anistia aos agentes da repressão durante o regime militar no Brasil, com o argumento de que não teria este sido recepcionado pela Constituição de 1988.

Na ocasião, a OAB requereu do STF que procedesse ao julgamento da ADPF 153, procurando uma interpretação conforme a Constituição, ou seja, afastando qualquer outra interpretação que permitisse sua aplicação de maneira contrária aos princípios e regras constitucionais. Não obstante, o Ministro Eros Grau, relator do caso, decidiu pela improcedência do pedido, tendo sido acompanhado pelos ministros Cármen Lúcia, Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie, Gilmar Mendes e Marco Aurélio Mello. Sobre tal decisão, Bruno Wanderley Junior e Carla Ribeiro Volpini Silva comentam:

Claro está, que a decisão do STF limita a possibilidade de uma justiça real e de efetividade da proteção aos direitos humanos durante o período da repressão.

[...]

Ao negar-se ao povo brasileiro o resgate de sua história e ao impedir-se que crimes contra a nação, o povo, o próprio Estado sejam investigados, julgados e eventualmente punidos, não se consagrou a anistia, mas a impunidade. Numa Justiça Transicional real e efetiva, a construção do futuro depende de como lida-se com os erros do passado. Não houve, a contento da sociedade, nenhuma punição exemplar dos violadores dos direitos humanos.

[...]

E tendo na Justiça de Transição uma perspectiva de futuro, não há como aceitar uma posição do STF que olhou apenas para o passado, desconsiderando que o Estado Democrático de Direito, em um mundo globalizado, tem compromisso com a verdade, com a ética e com a prevalência dos direitos humanos, todos princípios adotados pelo Brasil em sua Constituição [...]. (WANDERLEY JUNIOR e VOLPINI SILVA, 2015, p. 621)

Outro ponto que merece menção diz respeito à questão da especialidade das leis no sistema jurídico brasileiro. Nesse viés, a prevalência de certas normas de Direito interno sobre as de direito internacional decorre de primados do próprio STF, com base na especialidade das leis. Nesse sentido, uma lei geral não pode derrogar uma lei especial e, portanto, nem toda lei nova tem força para revogar uma lei anterior que com ela conflita. Assim, além do critério *lex posterior derogat priori*, o STF aplica ainda um outro, qual seja, o da *lex posteriori generalis non derogat legi priori speciali*, por meio do qual as leis internas infraconstitucionais têm prevalência sobre os tratados internacionais, por serem esses considerados normas também infraconstitucionais gerais, que por esse motivo, não estão aptas a revogar normas infraconstitucionais especiais.

Consectário lógico da declaração constitucional de que o Estado reconhece ou acata os princípios de direito internacional seria a conclusão de que ele assume o art. 27 da CVDT que outorga prioridade ao direito internacional sobre a jurisdição nacional. Se o direito internacional contemporâneo estabeleceu em norma escrita um princípio geral, qual seja o da prelação do mesmo direito internacional sobre o direito interno, as Constituições que expressamente acolhem os princípios do direito internacional estão tornando seus aquele princípio da primazia do direito internacional. Na CRFB/88, apesar de não constar cláusula expressa de reconhecimento do direito internacional, como existe na Lei Fundamental alemã, há princípios internacionais pelos quais o Brasil se rege em suas relações internacionais (art. 4º). Há também, na Constituição, disposições referentes à aplicação dos tratados pelos Tribunais nacionais (art. 102, inciso III, b; art. 105, inciso III, a; e art. 109, incisos III e V) (MAZZUOLI, 2013, p. 98).

A despeito de o Estado brasileiro ter ratificado a CVDT, sem ressalvas ao art. 27, o STF vem mantendo seu entendimento no sentido de que a recepção dos tratados internacionais em geral depende, para efeito de sua ulterior execução no plano interno, de uma sequência de atos revestidos de caráter político-jurídico, assim definidos: a) aprovação pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo; b) ratificação desses atos internacionais, pelo Chefe de Estado, mediante depósito do respectivo instrumento; c) promulgação de tais acordos ou tratados, pelo Presidente da República, mediante decreto; d) publicação no Diário Oficial da União do texto do tratado e do decreto presidencial. Uma vez concluídas todas essas etapas, que sucedem as etapas internacionais de negociação, passa então – e somente então – o tratado a ter força vinculante no plano do direito interno.

Diante da redação constitucional, o STF vem entendendo, portanto, que no Estado brasileiro não se aplicaria o princípio do efeito direto⁴², também compreendido como princípio da aplicabilidade imediata de tratados e convenções internacionais. Assim, a CRFB/88, e não instrumentos normativos de caráter internacional, seria a fonte para apuração do *iter* procedimental pertinente à transposição, para o plano do direito interno de normas internacionais. Na decisão da ADIN 1.480-DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello, o STF manifestou o seguinte entendimento:

É na Constituição da República - e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto.

Assim, a concepção tradicionalmente adotada pelo Supremo Tribunal Federal é a de que, no sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à CRFB/88. Consequentemente, mesmo após sua incorporação, ainda estariam sujeitos ao controle de constitucionalidade. Tal entendimento restou evidenciado no julgamento do HC 77.631-5, no qual o STF,

⁴² O princípio do efeito direto pode ser compreendido, igualmente, como princípio da efetividade e subsidia a invocação das normas do direito internacional, perante a órgãos jurisdicionais nacionais, por parte dos particulares, seja em face do Estado ou em face de outros particulares.

quando da contraposição entre o Pacto San Jose da Costa Rica (art. 7, §7º - limitação da prisão civil ao caso de devedor de alimentos) e o art. 5º, inciso LXVII da CRFB/88, entendeu que a norma internacional estava prejudicada, por se tratar de norma geral em relação à norma especial consubstanciada na CRFB/88 (*lex specialis derogat legi generali*).

Diante desse cenário, vislumbra-se a problemática da efetividade dos tratados internacionais no Estado brasileiro. Mesmo após concluídas todas as etapas internacionais de negociação e aprovação dos tratados – nas quais os representantes do Estado atuam como agentes que manifestam a soberania desse – a validade dos acordos fica condicionada a procedimentos, regulados com base no texto da CRFB/88, para incorporação da norma ao direito interno. E, além disso, as obrigações internacionais assumidas pelo Estado adquirem internamente, em razão do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, posição inferior à Constituição, estando, portanto, sujeitas ao controle de constitucionalidade.

Tal situação faz com que o Brasil se coloque em singular posição: os compromissos assumidos no âmbito internacional podem ou não ser considerados válidos no âmbito interno, a depender da interpretação do STF sobre a questão (seja a interpretação caso a caso, seja a interpretação genérica relativa ao posicionamento dos tratados internacionais em relação ao ordenamento interno).

Essa insegurança, gerada pela duplicidade de posicionamentos, pode ser abordada a partir da compreensão acerca da essência e da finalidade dos compromissos formalmente estabelecidos. Tal reflexão aparece na obra de Giorgio Agamben, especialmente quando o autor se propõe a investigar o instituto do juramento, que para ele situa-se como articulação entre religião, política e direito.

3.3 Arqueologia do juramento e a validade dos acordos internacionais

Como parte do chamado projeto *Homo Sacer*, que conforme visto anteriormente perpassa toda a obra de Giorgio Agamben, e dando continuidade às reflexões que problematizam o papel do jurídico no campo político e social, o autor publicou, em 2008, a obra *O Sacramento da Linguagem: arqueologia do juramento (homo sacer II, 3)* na qual se debruça não apenas sobre a discussão acerca da sacralidade da vida, mas também se propõe fazer uma investigação a respeito do instituto do juramento. Atento aos documentos históricos, o autor busca libertar o tema

dos misticismos religiosos e questionar o significado do juramento como enunciado linguístico capaz de garantir, manter, conservar ou confirmar os pactos e acordos entre os homens.

Tal investigação ganha especial relevo ao se pensar na singular situação do direito internacional no Estado brasileiro. Conforme visto anteriormente, o comprometimento no âmbito internacional, mediante a regular negociação e ratificação de um tratado, tem sido flexibilizado no âmbito interno a partir de interpretações do texto constitucional e de posicionamentos do STF. Nesse sentido, é de se questionar qual o sentido do compromisso internacional – do juramento – e quais os impactos desse na compreensão do Estado como um todo.

Se o estado de exceção situa-se na intercessão entre direito e política, o juramento, para Agamben (2011), se coloca como articulação entre religião e política, na medida em que o juramento não só define a especificidade da cultura ocidental cristã, mas também é a base do pacto político na história do Ocidente e, como tal, exerce um papel importante sempre que esse pacto entra em crise ou volta a ser reatado.

A função essencial do juramento seria manter unida a democracia. Nesse sentido, Agamben (2011) menciona uma passagem do filósofo neoplatônico Hiérocles, que parece reforçar a centralidade do juramento e transforma-lo em verdadeiro princípio complementar da lei:

[...] a lei [*nomos*] é a operação sempre igual por meio da qual Deus traz eterna e imutavelmente todas as coisas à existência. Agora, denominamos juramento [*horkos*] aquilo que, seguindo tal lei, conserva [*diatérousan*] todas as coisas no mesmo estado e as torna estáveis, de maneira que, enquanto elas estão contidas na garantia do juramento e mantêm a ordem da lei, a imutável firmeza da ordem da criação é o cumprimento da lei criadora. (Hirzel, 74; cf. Aujoulat, pp. 109-110). (AGAMBEN, 2011, p. 11)

Dessa passagem se extrai que uma das finalidades do juramento seria manter, a partir da interpretação da lei divina, a estabilidade das instituições e o *status quo* vigente. Em grande medida é essa também a finalidade do estado de exceção, conforme analisado em capítulo anterior, sendo certo, no entanto, que a operacionalização dessa salvaguarda destinada à manutenção do estado das coisas esta em grande medida maculada pela sua íntima relação com conceitos genéricos que dependem caso a caso da interpretação de um soberano. Ainda nesse sentido, e tendo em vista a reflexão de Giorgio Agamben acerca da articulação do estado de exceção permanente com a manutenção de poder do soberano, é de se pensar que o juramento, na realidade, não se presta a garantir o cumprimento de um compromisso assumido com terceiros, mas,

antes, à subsistência do estado de exceção, já que o juramento só é necessário diante da desde sempre presente possibilidade de desconsideração da norma à qual se aderiu.

Emile Benveniste, em sua obra *L'expression du serment dans la Grèce ancienne* indica a função do juramento – que aqui pode ser interpretado também como o compromisso internacional do Estado brasileiro. O autor afirma que o juramento é uma modalidade particular de asserção destinada a apoiar e garantir, sem, no entanto, fundamentar nada. Individual ou coletivo, o juramento só existe em virtude daquilo que reforça e torna solene, não enuncia nada por si só. Assim sendo, a função precípua do juramento seria garantir a verdade e a eficácia da linguagem. Tal garantia se torna essencial diante da natureza “infel” dos seres humanos que recorrem ao juramento para obter confiança (AGAMBEN, 2011, p. 12).

De fato, conforme aponta Agamben (2011, p. 11-12), tal função parece ser tão necessária à sociedade humana que, apesar da clara proibição de qualquer forma de juramento nos Evangelhos (cf. Mateus 5:33-37 e Tiago 5:12), o instituto foi acolhido e codificado pela Igreja. Transformou-se em parte essencial inclusive do ordenamento jurídico, com a sua manutenção e progressiva extensão para o direito e as práticas do mundo cristão.

O juramento tem, portanto, caráter acessório, pretendendo garantir e confirmar não apenas os pactos e acordos entre os homens, mas, de forma geral, a própria linguagem. O juramento não tem conteúdo próprio, é um ritual de garantia para uma obrigação previamente existente. Conforme explica Agamben (2011, p. 13), os juramentos em si não produzem nova e singular obrigação, mas sobrevêm como um vínculo secundário a uma obrigação válida em si. A partir das reflexões do autor, é possível pensar que o juramento seja o pretense remédio contra o flagelo da violação da palavra dada. Em outras palavras, os homens juram porque podem mentir.

No entanto, nem mesmo o juramento parece ser capaz de impedir o descumprido da palavra dada. Mesmo em tempos antigos, quando o vínculo religioso pode ter sido mais forte, “o juramento parece implicar constitutivamente a possibilidade do perjúrio e ser destinado, paradoxalmente, [...] não a impedir a mentira, e sim a combater os perjúrios” (AGAMBEN, 2011, p. 15). Nesse sentido, Agamben menciona Tucídides e Platão:

Assim, Tucídides, ao descrever as cidades assoladas pela guerra civil, afirma que já não existe “palavra segura nem juramento que incuta temor”, mas a inclinação dos gregos (especialmente dos espartanos) para o perjúrio era proverbial mesmo em tempo de paz. Platão, por sua vez, desaconselha o

juramento das partes nos processos, pois isso levaria a descobrir que metade dos cidadãos são perjuros (As leis, XII, 948e). (AGAMBEN, 2011, p. 15)

Na Antiguidade, no entender de Agamben, discutiu-se, inclusive, se era suficiente, para que houvesse perjúrio, que aquele que prestava juramento tivesse, no momento em que assume o compromisso, a intenção de não o manter ou se era necessário que ele não cumprisse de fato o que havia prometido. “Como garantia de um contrato oral ou de uma promessa, o juramento aparecia, com toda evidência, e desde o início, totalmente inadequado ao objetivo, e uma simples sanção da mentira certamente teria sido mais eficaz” (AGAMBEN, 2011, p.15).

De tais reflexões emerge, desde a origem, a ineficácia do juramento para evitar a mentira, bem como a ineficiência dos procedimentos para vinculação do ente ou indivíduo à sua palavra. Enquanto ferramenta destinada à garantia não apenas de uma promessa ou da veracidade de uma afirmação, mas também da linguagem, o juramento se mostra insuficiente para a tarefa de transformar intenções em linguagem e, por sua vez, a linguagem, em prática. Esse continua sendo o desafio da contemporaneidade com relação à eficácia do direito internacional: como transformar a linguagem dos compromissos em prática vinculante e imune ao “perjúrio”?

O problema dos artifícios e manobras para que compromissos assumidos sejam flexibilizados – como ilustrado no tópico anterior – não é novo. Alguns autores chegam a mencionar uma “arte do juramento”, “que consistia em proferir juramentos que, graças a artifícios verbais, tomados o pé da letra, podiam significar algo diferente do que entenderiam as pessoas a quem eram prestados” (AGAMBEN, 2011, p. 16). Em outras palavras, já se assume o compromisso estabelecendo veladamente a brecha necessária para seu descumprimento.

Jean Bollack escreveu, em 1958, um artigo no qual afirmava que:

O juramento coloca o jurante, através da força mágica das coisas, numa relação particular com os objetos invocados e com o mundo [...]. Muitos objetos invocados, como o lar, pertencem ao campo do sagrado. Contudo, num universo vastamente sacralizado, todo objeto que serve de testemunha podia transformar-se, de garantia e guarda, em potencia terrificante. É esta relação específica, que liga o homem aos objetos invocados, que acaba sendo definida pelo termo *horkos*, que não designa – como pensava Benveniste – o objeto sobre o qual o juramento é proferido, mas o recinto com o qual quem jura se faz circundar. (BOLLACK, 1958, p. 30-31 *apud* AGAMBEN, 2011, p. 20)

Sobre esse trecho, Agamben (2011, p. 20) comenta que, segundo um paradigma insistentemente repetido, a força e a eficácia do juramento devem ser buscadas na esfera do mágico ou religioso. A crítica formulada por Agamben se relaciona à ideia de que o pressuposto para o homem que nós conhecemos historicamente é um *homo religiosus*, quando, na realidade, tal figura existe apenas na imaginação dos estudiosos. Todas as fontes disponíveis nos apresentam um homem religioso e, ao mesmo tempo, irreligioso, fiel aos juramentos e, ao mesmo tempo, capaz de perjúrio.

Essa ideia da fé – conceito definido como adesão absoluta pelo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa (2014) – como fundamento da confiança que se deposita naquele que assume o compromisso está refletida na crença nas instituições e sujeitos apenas pela autoridade neles investida. De fato, há na história uma fase em que direito e religião parecem indiscerníveis, antecedente este que aparentemente continua a ecoar na contemporaneidade. Deposita-se a confiança na autoridade, fazendo legítimas todas as decisões por ela proferidas, sem se considerar que essa mesma autoridade possa fazer uso do juramento como reforço dessa mística que a cerca.

Importante esclarecer que, apesar de sua intrínseca relação com a religião, o juramento é, historicamente, também um instituto jurídico. Tal fato evidencia, conforme denunciado por Agamben (2004 e 2011), a zona cinzenta na qual se situa o direito, entre a política e a religião, possibilitando o surgimento de medidas jurídicas que se apresentam como a forma legal daquilo que por natureza não pode ter forma legal (estado de exceção). Sobre a relação do campo jurídico e do religioso, Agamben (2011, p. 26) comenta:

Venhamos agora ao juramento, que – na única época em que o podemos analisar, a saber, aquela para a qual dispomos de documentos – se apresenta como um instituto jurídico que contem elementos que costumamos associar à esfera religiosa. É totalmente arbitrário distinguir nele uma fase mais arcaica, em que nada mais seria do que um rito religioso, de uma fase mais moderna, a qual pertence plenamente ao direito. De fato, desde os documentos mais antigos que dispomos, como é o caso, em Roma, da inscrição do vaso de Dvenos, que é datado do final do séc. VI a.C., o juramento se apresenta como uma fórmula promissória de caráter certamente jurídico – no caso específica, como a garantia prestada pelo tutor da mulher ao (futuro) marido no momento do casamento ou do noivado. Contudo, a fórmula, escrita em latim arcaico, menciona os deuses, ou melhor, jura os deuses (*iovesat deiuous quoi me mitat*: “quem me manda – é o vaso que fala – jura (pelos) os deuses” – Dumèzil [3], pp.14-15). Aqui, de modo algum, precisamos pressupor como mais antiga, na história do juramento, uma fase puramente religiosa que nenhum documento disponível atesta como tal: de fato, na fonte mais antiga que a tradição latina nos permite alcançar, o juramento é um ato verbal destinado a garantir a verdade de uma promessa ou de uma asserção, que apresenta as mesmas características mostradas mais tarde pelas fontes e que,

por nenhum motivo, precisamos definir como mais ou menos religioso, mais ou menos jurídico.

A conclusão do autor é no sentido de que não há motivos para se postular uma fase pré-jurídica na qual o juramento pertenceria apenas à esfera religiosa, devendo ser revista toda a nossa maneira habitual de apresentar a relação cronológica e conceitual entre o direito e a religião. O juramento é, nesse sentido, um fenômeno não apenas jurídico e, tampouco, exclusivamente religioso, mas que, precisamente por isso, nos permite repensar o que é o direito e quais os seus limites. Em grande medida, a garantia anteriormente colocada na figura divina dos deuses foi transferida para as figuras de autoridade do Estado que passam a figurar como guardiãs do juramento, decidindo inclusive sobre a adequação ou não de mantê-lo.

A fé – que os romanos denominavam *fides* – é o crédito com que se conta junto a alguém, como consequência do fato de que somos abandonados confiavelmente a ele, ligando-nos numa relação de fidelidade. Por isso, a fé é tanto a confiança depositada em alguém, quanto a confiança com que contamos junto a alguém (AGAMBEN, 2011, p. 34). Aquele que detém a *fides* nele colocada por um homem mantém tal homem em seu poder. Na sua forma primitiva, tais relações implicavam uma reciprocidade, ou seja, depositar a própria *fides* em alguém merecia, em retribuição, a sua garantia e a sua ajuda. “Mas é precisamente esse fato que marca a desigualdade de condições. Trata-se de uma autoridade que é exercida conjuntamente com a proteção sobre aquele que se submete, em troca da sua submissão e na mesma medida desta” (BENVENISTE, 1969, p. 118-119).

Tal situação se reflete no fundamento de validade atribuído ao direito internacional no âmbito interno e desnuda a relação cíclica entre autoridade e direito sendo impossível verificar a confiabilidade – ou, o que seria mais adequado em um Estado democrático, a legitimidade – dos compromissos assumidos e decisões proferidas. Nas palavras de Agamben (2011, p. 30), “se Deus é o ser cujas palavras são juramentos, será totalmente impossível decidir se ele é confiável por causa do juramento, ou se o juramento é confiável por causa de Deus”. Em outras palavras, como verificar se a hierarquia dos tratados internacionais no ordenamento jurídico interno é decorrente do fato de serem tratados regularmente celebrados e atinentes a uma matéria específica ou da simples decisão do STF sobre a matéria?

A *fides* é o meio pelo qual alguém se entrega totalmente à confiança de outrem, podendo ser também compreendida como mecanismo para aquilo que Agamben (2004)

chama de pura dominação de fato, sendo, portanto, elemento essencial na compreensão do estado de exceção como paradigma do direito e, especificamente no caso em tela, da situação do direito internacional no Brasil como estado excepcional.

Tendo se compreendido que o cenário geral que permeia o direito internacional está imerso em contradições e peculiaridades que reforçam o papel das autoridades e viabilizam o fortalecimento dos estados de exceção permanentes, cabe ainda analisar o problema específico dos direitos humanos e da hierarquia dos tratados internacionais sobre essa temática no ordenamento jurídico brasileiro.

4 DIREITOS HUMANOS: CONCEITO, POSIÇÃO E EFETIVIDADE

A proposta inicial deste capítulo é, tendo em vista os objetivos da pesquisa, traçar um breve panorama no conceito e desenvolvimento histórico dos direitos humanos, inclusive apontando as reflexões e críticas de Giorgio Agamben sobre o tema, a fim de que se possa melhor compreender o papel atribuído a esses direitos no Estado brasileiro em decorrência das previsões da CRFB/88. Por fim, retomando a discussão sobre a hierarquia e validade do direito internacional, o presente capítulo se destina à análise específica dos tratados de direitos humanos.

4.1 Direitos humanos: breve panorama do conceito e desenvolvimento histórico

A expressão *direitos humanos* tem sido utilizada, sobretudo a partir do século XXI, em manifestações da sociedade civil, na política, por organizações e grupos que defendem populações minoritárias, na administração pública, enfim, nas mais distintas reivindicações e nos mais distintos cenários. No entanto, em razão do uso excessivo e por vezes indiscriminado do termo, ele acaba por incorrer em certa vagueza e imprecisão. A utilização de uma multiplicidade de expressões (direitos fundamentais, direitos naturais, direitos do homem, direitos individuais, liberdades públicas, etc.) para identificar direitos humanos é outro fato que contribui para a incerteza quanto ao conteúdo e ao alcance desses⁴³.

A CRFB/88 é um excelente exemplo dessa situação. O art. 4º, inciso II, emprega a expressão *direitos humanos*. O título II, por outro lado, é “direitos e garantias fundamentais”. O art. 5º, inciso XLI, menciona os *direitos e liberdades fundamentais* e o seu inciso LXXI adota o termo *direitos e liberdades constitucionais*. Já o art. 17 traz a expressão *direitos fundamentais da pessoa humana*.

No âmbito do direito internacional, há também essa imprecisão. A Declaração Universal de Direitos Humanos estabelece em seu preâmbulo a necessidade de respeito aos *direitos do homem* e, logo após, a fé nos *direitos fundamentais do homem* e ainda o respeito aos *direitos e liberdades fundamentais do homem*. A Carta da Organização das Nações Unidas emprega em seu preâmbulo e no art. 56 a expressão *direitos humanos*, mas no art. 55 menciona as *liberdades fundamentais*. A Declaração Americana dos

⁴³ Na doutrina, algumas advertências chamam a atenção para a ausência de consenso quanto à terminologia mais adequada para referir-se aos direitos humanos e aos direitos fundamentais, revelando pontos de vista favoráveis e contrários ao emprego desses ou daqueles termos. (GUERRA, 2013, p.33)

Direitos e Deveres do Homem, de 1948, utiliza os termos *direitos do homem* e *direitos essenciais do homem*.

Conforme aponta André de Carvalho Ramos (2013, p. 34), a questão é de ordem teórica, mas há reflexos práticos, afinal, “um texto legal que trate de “direitos humanos básicos” deve ter o mesmo regime jurídico de outro que afirme reger os “direitos humanos” ou não?”. Tais reflexos impactarão na compreensão do posicionamento do que neste trabalho se denominam direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

O uso de alguns desses termos pode ser compreendido a partir da delimitação do conceito adotado e de seu fundamento. Há aqueles que utilizam o termo *direito natural*, denominação comumente empregada pelo jurisnaturalistas para se referirem ao que consideravam direitos inerentes à natureza do homem. Importante mencionar, no entanto, que essa não é a única concepção associada à expressão *direito natural* no curso da história. Cícero (1842, p. 35-39 *apud* ÁVILA, 2014, p. 48-49), entendia que o direito natural seria o meio pelo qual um indivíduo racional viveria em conformidade com a ordem universal e, nesse sentido, seria a materialização da existência de uma ordem racional e propositada para o universo, que se concretizaria como direito imutável e divino. Por sua vez, Sêneca (1899, p. 47-249 *apud* ÁVILA, 2014, p.51) entendia que “o direito natural consubstanciaria atribuição conferida pela divindade aos homens, o que se constituía em benefício à sua racionalidade. Assim, o homem não poderia ter a liberdade para conduzir seu destino fora do que seria observável na natureza”.

Apesar de relevante na história da compreensão e consolidação dos direitos humanos, a expressão *direito natural* perdeu força em face das evidências relativas à historicidade de cada um desses direitos, sendo, nas palavras de Ramos, “os direitos humanos verdadeiros direitos conquistados” (2013, p. 36). Com a mesma origem jusnaturalista, tem-se a expressão *direitos do homem* que reflete a proteção de determinados direitos do indivíduo no momento histórico de sua afirmação perante o Estado autocrático europeu no seio das revoluções liberais. Flavia de Ávila (2014, p. 354) critica abertamente a utilização de linguagem derivada de termos jusnaturalista, conforme empregada em tratados internacionais, para conceituação de direitos humanos, afirmando que tal emprego se caracteriza como comodista, conservador e dogmático, por não admitir ou omitir reflexões contrastantes. Nas palavras da autora:

Em razão da apriorística ilação dos direitos humanos com o direito natural, para efeito de sua também genérica e superficial fundamentação histórico-filosófica, inclusive são criadas teorias e artifícios incapazes de garantir sua efetividade, justamente porque não se constituem fruto da produção intersubjetiva dos cidadãos. (ÁVILA, 2014, p. 354)

Outros autores utilizam o termo *direitos individuais* em face do qual a principal crítica levantada costuma envolver o fato de incluir apenas o grupo de direitos associados à chamada primeira geração ou dimensão (direito à vida, à igualdade, à liberdade e à propriedade).⁴⁴

Parte da literatura especializada, exemplificada por Ingo Wolfgang Sarlet (2006) e Valério Mazzuoli (2015)⁴⁵, considera que o termo *direitos humanos* deve ser empregado para definir os direitos estabelecidos em tratados internacionais sobre a matéria, enquanto a expressão *direitos fundamentais* delimitaria aqueles direitos do ser humano reconhecidos pelo direito constitucional de um Estado específico. Por outro lado, Comparato (2010) sustenta que os direitos fundamentais incluíram todos os direitos humanos positivados ou, em outras palavras, já reconhecidos nos textos nacionais ou internacionais.

André de Carvalho Ramos (2013, p. 38) chega a apontar que o termo direitos humanos representa um *bis in idem*, na medida em que somente o homem poderia ser titular de direitos e, portanto, deve ser empregado com cautela. No entanto, tal afirmação merece ao menos duas críticas. A primeira relativa à relevância do emprego da palavra *humanos* que contribui para a compreensão da essencialidade de tais direitos

⁴⁴ A teoria das gerações de direitos humanos foi originalmente proposta pelo francês Karel Vasak que, em Conferência proferida no Instituto Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo, no ano de 1979, classificou os direitos humanos em três gerações, cada uma com características próprias. Cada geração foi associada a um dos componentes do ideal da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade. A primeira geração engloba os chamados direitos de liberdade que são direitos que se relacionam à abstenção do Estado, que deve proteger a esfera de autonomia do indivíduo. A segunda geração representa a modificação do papel do Estado, exigindo-lhe um vigoroso papel ativo, além do mero fiscal das regras jurídicas. São reconhecidos, na segunda geração, o direito à saúde, educação, previdência social, habitação, dentre outros. Já os direitos de terceira geração são aqueles de titularidade da comunidade, como o direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito à autodeterminação, direito ao meio ambiente equilibrado, etc. Posteriormente, no final do século XX, alguns autores, como Paulo Bonavides, defendem o nascimento da quarta geração de direitos humanos como resultado da globalização. Seriam direitos integrantes dessa geração, por exemplo, o direito de participação democrática, direito ao pluralismo, bioética. (RAMOS, 2014, p. 55-57)

⁴⁵ Por adotar tal classificação, Mazzuoli (2015) aponta que a CRFB/88 teria se utilizado das expressões *direitos fundamentais* e *direitos humanos* com absoluta precisão técnica. Pois, segundo o autor, quando o texto constitucional brasileiro quer fazer referência, mais particularmente, aos direitos previstos na Constituição, utiliza-se da expressão "direitos fundamentais". Por sua vez, quando o mesmo texto constitucional refere-se às normas internacionais de proteção da pessoa humana, faz referência à expressão "direitos humanos" e, por fim, quando, a Constituição pretendeu se referir, indistintamente, aos direitos previstos pela ordem jurídica interna e pela ordem jurídica internacional, não faz referência expressa a qualquer das duas expressões.

para o exercício de uma vida digna. E a segunda relativa à própria compreensão, cada vez mais debatida, especialmente no âmbito do direito ambiental, de que apenas seres humanos possam ser titulares de direito.⁴⁶

Para além do debate acerca da inconstância no uso das expressões associadas ao tema, o conceito de direitos humanos tem sido objeto de estudo de diversos juristas ao longo dos anos (v.g. Sidney Guerra, Ricardo Castilho, André de Carvalho Ramos, Flávia de Ávila, João Batista Moreira Pinto, entre outros), sendo ainda significativo o desafio de apresentar uma definição sólida desses. Tal dificuldade decorre provavelmente da própria natureza do direito, independente de especificidades de área, pois, conforme aponta Lyra Filho (2006) em uma de suas obras mais sucintas na qual busca definir o que é o direito, o direito vai além da lei, resultando (e englobando) uma série de processos sociais, históricos e culturais.

Não raro o direito é compreendido como sinônimo de lei ou como sendo o que se pode extrair do pronunciamento dos tribunais. Em ambos os casos o que se vê é o direito sendo definido pelas figuras de autoridade a quem foi dada a incumbência de dizer o direito. A lei, assim como a decisão judicial, sempre emana do Estado e, conforme denuncia Lyra Filho (2006), a identificação entre direito e lei pertence ao repertório ideológico do Estado – ou da autoridade –, que se beneficia da disseminação da ideia de que cessaram as contradições entre o direito e a lei ou entre o direito e a decisão, bem como de que o poder atende ao povo em geral e tudo o que vem dali é imaculadamente jurídico, não havendo direito a procurar além ou acima.

Dessa associação umbilical entre direito e autoridade decorre em regra a dificuldade em se estabelecer processos democráticos e participativos de contestação do que está posto, “como se as remodelações institucionais não fossem uma proposta admissível e até parcialmente reconhecida em leis – no caso das emendas constitucionais, por exemplo” (LYRA FILHO, 2006, s/p). É dessa lógica que não raro surgem as salvaguardas e exceções com que se pretende garantir o *status quo*, sem que ao menos seja questionada a legitimidade desse.

Diante dessas questões, a visão dialética precisa alargar o foco do direito, abrangendo as pressões coletivas que emergem na sociedade civil, na comunidade

⁴⁶ Dois rios sagrados do norte da Índia, o Ganges e o Yamuna, foram reconhecidos como pessoas jurídicas pela justiça do país em uma decisão que tem o objetivo de combater de modo mais eficaz a poluição. A sentença foi divulgada poucos dias depois do reconhecimento pela Nova Zelândia de que um rio adorado pelos maoris é uma entidade viva. No estado de Minas Gerais, foi proposta recentemente ação em nome do Rio Doce (representado pela Associação Pachamama) em razão dos danos decorrentes do rompimento da barragem de Fundão. (FREITAS, 2017, s/p)

internacional e nas múltiplas frentes que compõem o caldo social e cultural no qual o direito tem origem e ao qual pretende regular. “O Direito autêntico e global não pode ser isolado em campos de concentração legislativa, pois indica os princípios e normas libertadores” (LYRA FILHO, 2006, s/p) e considera a lei ou a decisão elementos que integram – mas não esgotam – o processo jurídico, e que podem, ou não, transportar as melhores conquistas.

Especificamente sobre essa concepção aplicada aos direitos humanos, há que se considerar que teorias que não revelem qualquer relação com a prática devem ser superadas como embasamentos dos direitos humanos, em razão da falta de conteúdos matérias, apenas deduzíveis da realidade, que se agreguem aos seus fundamentos (ÁVILA, 2014, p. 358). Nas palavras de Flávia de Ávila:

Os direitos humanos devem se fundamentar a partir das diferentes práticas sociais, levando-se em consideração crenças, intenções e experiências humanas. Devem, portanto, ser derivados dos atributos e do exercício da personalidade, ou seja, da capacidade racional do ser humano de se compreender por intermédio da observação e da interação com o seu meio. Assim, em razão dos comprometimentos próprios da vida social, os seres humanos não apenas se autoconstroem, como também se autorregulam. (ÁVILA, 2014, p. 358)

Uma exata concepção do direito não poderá desprezar os aspectos do processo histórico, em que o círculo da legalidade não coincide sempre com o da legitimidade. Isso porque, se o direito é reduzido à pura legalidade, já representa a dominação ilegítima, por força desta mesma suposta identidade; “e este “Direito” passa, então, das normas estatais, castrado, morto e embalsamado, para o necrotério duma pseudociência, que os juristas conservadores, não à toa, chamam de “dogmática”” (LYRA FILHO, 2006, s/p).

A conclusão mais adequada a partir da discussão acerca da conceituação do direito parece ser no sentido de que, enquanto ciência social, esse não pode ser compreendido como algo posto e acabado, mas, antes, deve ser entendido como processo – constantemente em formação. No mesmo sentido, o nascimento de uma disciplina jurídica dificilmente pode ser identificado em um ponto exato da história, sendo, antes, o resultado de um processo que desemboca na consagração de diplomas normativos, com princípios e regras que dimensionam o novo campo. No caso dos direitos humanos, “o seu cerne é a luta contra a opressão e busca do bem-estar do indivíduo” (RAMOS, 2014, p. 31). Nesse sentido, as concepções de justiça, igualdade, liberdade e dignidade são essenciais e, por sua natureza, passaram por um

desenvolvimento histórico que paulatinamente ajudou a sedimentar o regime jurídico desses direitos essenciais.

Especificamente sobre o desafio de se definir o que são os direitos humanos, o relevo do processo sócio histórico torna-se ainda mais evidente, pois esses estão diretamente relacionados à concepção de *dignidade da pessoa humana*, conceito cuja compreensão tem sido, no curso da história, em grande medida influenciada – e mesmo alargada – pelo que Fábio Comparato (2010, p. 50) chama de experiências de “dor física e sofrimento moral”. Nas palavras do autor:

a cada grande surto de violência, os homens recuam, horrorizados, à vista da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos; e o remorso pelas torturas, pelas mutilações em massa, pelos massacres coletivos e pelas explorações aviltantes faz nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos. (COMPARATO, 2010, p. 50)

O primeiro antecedente histórico para a afirmação dos direitos humanos, para alguns autores, como Comparato (2010), Ramos (2014) e Guerra (2013), pode ser identificado na Antiguidade, especialmente no período compreendido entre os séculos VIII e II a.C.. Comparato (2010) aponta que vários filósofos (como Zaratustra na Pérsia, Buda na Índia, Confúcio na China e Isaías em Israel) trataram de direitos dos indivíduos, tendo seus escritos influenciado mesmo alguns dos documentos contemporâneos. O ponto em comum entre eles seria a adoção de códigos de conduta baseados no amor e respeito ao outro. O referido autor argumenta ainda que, como a consolidação dos direitos humanos está diretamente relacionada à ideia de limitação do poder, devendo as instituições de governo serem utilizadas para o serviço dos governados e não para o benefício pessoal dos governantes, o reinado de Davi sob Jerusalém, nos séculos XI e X a.C., pode ser entendido como “a proto-história dos direitos humanos” (COMPARATO, 2010, p. 53). Isso porque, em manifesto contraste com as monarquias de outros povos do passado, o reino de Davi (996 a.C. a 963 a.C.) teria estabelecido pela primeira vez na história política da humanidade, a figura do rei-sacerdote, o monarca que não se declara nem deus nem legislador, mas, antes, como delegado de Deus. Surgia assim, na concepção de Comparato (2010), aquilo que muitos séculos depois passou a ser designado como Estado de Direito, aqui compreendido como uma organização política em que os governantes não criam o direito para justificar o seu poder, mas submetem-se aos princípios e normas editados por uma autoridade superior.

Obviamente, contra tal argumentação cabem uma série de críticas e, possivelmente por esse motivo, a maior parte da literatura especializada não adota esse referencial. Há, no entanto, relativo consenso quanto à menção do Egito antigo e da Mesopotâmia como marcos da origem dos direitos individuais da pessoa humana, ainda que esses tenham então apenas tênue proteção em face dos excessos do Estado. O direito egípcio se baseava essencialmente em decisões judiciais, contratos e testamentos, no entanto, a codificação de Menes, aproximadamente datada de 3100 a 2850 a.C., incluía o reconhecimento de direitos de indivíduos.

O Código de Hamurábi, datado aproximadamente de 1780 a.C., apesar de não ser o mais antigo, é considerado o primeiro código de normas de conduta, preceituando um esboço de direitos comuns a todos os homens, como o direito a vida, a propriedade, a honra, etc. Evidentemente que, em face das normas contemporâneas, o referido documento pode ser compreendido como elementar, mas é também uma das primeiras expressões de defesa da dignidade e dos direitos da pessoa humana.

As leis vigentes na Grécia antiga são algumas das principais fontes históricas dos direitos da Europa e, conseqüentemente, de grande parte dos países que foram colônias europeias. As leis gregas, a partir do século VI a.C., diferenciavam-se das demais leis da Antiguidade por serem democraticamente estabelecidas, uma vez que a democracia ateniense adotou a participação política dos cidadãos (GUERRA, 2013, p. 44). Platão, em sua obra *A República* (400 a.C.), defendeu a igualdade e a noção de bem comum, enquanto Aristóteles, na *Ética a Nicômaco*, salientou a importância do agir com justiça para o bem de todos da pólis, mesmo em face de leis injustas. A Antiguidade grega também estimulou a reflexão sobre a superioridade de determinadas normas⁴⁷, entretanto, a filosofia grega não concebeu um sistema de garantias dos indivíduos contra o Estado ou contra os governantes, inclusive em razão da inexistência de conceitos consolidados de subjetividade e mesmo de Estado.

Enquanto os gregos pensavam de forma filosófica, os romanos pensavam de forma jurídica, tendo sido, por isso, os grandes juristas da Antiguidade. Os romanos são possivelmente os primeiros a reconhecer a possibilidade de divergência entre o justo e o lícito. Conceberam três estratos de ordem jurídica, quais sejam: o direito natural, racional e perpétuo; o *jus gentium*, posteriormente identificado como elemento comum

⁴⁷ Nesse sentido, a peça de Sófoles, *Antígona* (421 a.C.) retrata a protagonista e sua luta para enterrar seu irmão Polínice, mesmo contra a ordem do tirano da cidade, Creonte, que havia promulgado uma lei proibindo que aqueles que atentassem contra a lei da cidade fossem enterrados. Para Antígona, não se pode cumprir as leis humanas que se choquem com as leis divinas. (RAMOS, 2014, p.33)

aos diversos direitos positivos; e o direito civil, reservado aos cidadãos como regulador das relações individuais. A superioridade do *jus naturale*, que não admitia a escravidão, não tinha o condão de retirar a validade do *jus gentium* que a admitia (GUERRA, 2013, p. 44). Outra contribuição relevante do direito romano para a proteção dos direitos humanos foi a sedimentação do princípio da legalidade, aqui compreendida na Lei das Doze Tábuas que, ao estipular a *lex scripta* como regente das condutas, deu um passo na direção da vedação ao arbítrio. Contudo, é importante mencionar que em nenhum momento o mecanismo judicial se estruturou no sentido de garantir a pessoa contra a vontade do imperador soberano.

Já sob a égide do Cristianismo, através da concepção de que o homem foi criado a imagem e semelhança de Deus, tem início um novo capítulo na compreensão e conceituação de dignidade da pessoa humana. A Patrística, primeira das grandes escolas cristãs, da qual Santo Agostinho é o maior representante, concebeu o Estado terreno como transição para o Estado divino. Tal concepção é evidenciada na obra *Cidade de Deus*, escrita pelo próprio Santo Agostinho, entre os anos de 416 e 427, que aborda a invasão e o saque de Roma, em 410, por Alarico, rei dos visigodos. A referida escola incorporou à doutrina cristã diversos elementos das culturas grega e romana, tendo centrado no homem e na questão de seu destino pessoal sua grande preocupação. A segunda grande escola, a Escolástica, que tem Tomás de Aquino como um de seus representantes, se afastou da concepção pessimista da realidade humana, buscando no homem a potencialidade da criação de um Estado justo. Daí a previsão, em grande parte inspirada no direito romano, de três categorias de lei: a *lex aeterna*, decorrente da própria razão divina; a *lex naturalis*, consistente nas regras determinadas pela participação da criatura racional na lei eterna; e a *lex humana*, firmada na aplicação da *lex naturalis* a casos concretos. Os grupos políticos de autoridade, como produtos naturais necessários, devem, segundo essa última compreensão, ser respeitados inclusive quando a *lex humana* violar a *lex naturalis*, sendo possível a insubmissão apenas se houver violação à *lex aeterna*.

Durante a Idade Média, entre os séculos XI e XII, volta a tomar corpo a ideia de limitação do poder dos governantes, pressuposto do reconhecimento, a ser feito somente alguns séculos depois, da existência de direitos comuns a todos os indivíduos, independente do estamento social – clero, nobreza e povo. Toda a chamada Alta Idade Média foi marcado pelo esfacelamento do poder político e econômico em razão do feudalismo, no entanto, nesse período (a partir do século XI) tem início um movimento

de reconstrução da unidade política. Nesse contexto, as figuras do imperador carolíngio e do papa são essenciais, pois esses passam a disputar asperamente a hegemonia sobre todo o território europeu. Ao mesmo tempo, os reis, até então considerados nobres de condição mais elevada que os outros (*primi inter pares*), reivindicaram poderes e prerrogativas que antes pertenciam de direito à nobreza e ao clero. É precisamente contra os abusos dessa reconcentração do poder que surgiram as primeiras manifestações do que Comparato (2010, p. 58) identifica como rebeldia: na península ibérica com a Declaração das Cortes de Leão de 1188 e na Inglaterra com a Magna Carta de 1215.

A Magna Carta foi um marco decisivo na transição entre o arbítrio real e a nova era das garantias individuais, pois deixou implícito pela primeira vez na história política medieval que o rei se achava vinculado pelas próprias leis que editava. A ideia de direitos individuais ainda não se consolidara no sentido atual, de direitos iguais para todos e que a todos podem ser contrapostos, mas valeu para que as pessoas lessem o texto como fixador de princípios mais gerais de obediência à legalidade, da existência de direitos da população que o próprio rei devia respeitar. Destacam-se entre outras garantias a previsão do devido processo legal, o livre acesso à justiça, a liberdade de locomoção e a proporcionalidade entre delito e sanção.

O século XVII foi marcado por uma crise da consciência europeia. No âmbito artístico, eclodiu a querela dos antigos e dos modernos; no campo político, a rebelião dos Levellers e a revolta armada de Oliver Cromwell contra a monarquia inglesa fizeram renascer as ideias republicanas e democráticas; na ciência, enfim, a conjunção de três mentes brilhantes – Pascal, Newton e Galileu – proporcionou uma verdadeira revolução. Durante os dois séculos que sucederam a era que se convencionou chamar Idade Média, a Europa conheceu uma extraordinária intensificação da concentração de poderes. Foi o período de elaboração da teoria da monarquia absoluta, com Jean Bodin e Thomas Hobbes, e em que se fundaram os impérios coloniais ibéricos centralizadores. A referida crise de consciência fez ressurgir na Inglaterra o sentimento de liberdade, alimentado pela memória da resistência à tirania. Por outro lado, as devastações provocadas pela guerra civil reafirmaram o valor da harmonia social e reforçaram a lembrança das declarações da Magna Carta. Generalizou-se a consciência dos perigos representados pelo poder absoluto, tanto na realeza dos Stuart como na ditadura republicana do *Lord Protector* (COMPARATO, 2010, p. 60-61).

Em face desse cenário, outras declarações apareceram, como a Petição de Direitos de 1629; a lei de *Habeas Corpus* de 1679; e o *Bill of Rights* de 1689. A Petição de Direitos surgiu por meio da reunião do Parlamento, ratificando as liberdades consagradas em 1215 na Magna Carta, e previa que nenhum homem livre ficasse na prisão ou detido ilegalmente; ninguém seria chamado a responder ou prestar juramento, ou a executar algum serviço, ou encarcerado, ou de qualquer forma molestado ou inquietado, por causa de tributos ou da recusa em paga-los. O *Habeas Corpus Act*, de 1679, estabelecia que, por meio de reclamação ou requerimento escrito de um indivíduo ou a favor de um indivíduo detido ou acusado da prática de um crime, o lorde-chanceler – ou, em tempo de férias, um dos juízes dos tribunais superiores – poderia conceder o *habeas corpus*, consolidando a ideia de que essa garantia judicial, criada para proteger a liberdade de locomoção, seria a matriz de todos os outros instrumentos criados posteriormente para assegurar os direitos fundamentais. Por sua vez, o *Bill of Rights*, promulgado exatamente um século antes da Revolução Francesa, pôs fim, na Europa renascentista, ao regime de monarquia absoluta, ingressando os poderes de legislar e criar tributos no rol de competências do Parlamento. O *Bill of Rights* garantia, entre outras coisas, a liberdade pessoal, a propriedade privada, a segurança pessoal, o direito de petição, a proibição de penas cruéis, estabelecendo assim uma nova forma de organização do Estado, cuja função precípua é a proteção da pessoa humana (GUERRA, 2013, p. 48-49).

No entanto, é o artigo I da Declaração do “bom povo da Virginia”, publicada em 16 de junho de 1776, que é considerado por Comparato (2010) o registro de nascimento dos direitos humanos. O referido dispositivo estabelece que:

todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança.

Tal previsão, a despeito de seu viés jus naturalista, é o reconhecimento solene de que todos os homens são igualmente vocacionados, pela sua própria natureza, ao aperfeiçoamento constante e de que a “busca da felicidade”, repetida na Declaração de Independência dos Estados Unidos, duas semanas após, é a razão de ser desses direitos inerentes à própria condição humana. No artigo II da Declaração vê-se ainda a previsão de que “todo poder é inerente ao povo e, conseqüentemente, dele procede; que os magistrados são seus mandatários e seus servidores e, em qualquer momento, perante

ele responsáveis”. A Declaração de Independência dos Estados Unidos, também de 1776, é o primeiro documento a afirmar princípios democráticos na história política moderna e marca o direito político de autodeterminação dos seres humanos, governados a partir de sua livre escolha.

Alguns anos depois, a Revolução Francesa, com o ideal de “liberdade, igualdade e fraternidade”, gerou um marco para a proteção de direitos humanos no plano nacional: a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, adotada pela Assembleia Nacional Constituinte francesa em 27 de agosto de 1789. O referido documento estabeleceu a igualdade e a liberdade como direitos inatos a todos os indivíduos⁴⁸ e o impacto na época foi imenso: aboliram-se os privilégios, direitos feudais e imunidades de várias castas, em especial da aristocracia de terras. Com clara influência jusnaturalista, a Declaração menciona os “direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem” e elenca em seus dezessete artigos (que acabaram sendo adotados como preâmbulo da Constituição francesa de 1791) inúmeras ideias posteriormente esmiuçadas pelas Constituições e tratados de direitos humanos como, por exemplo: soberania popular, governo representativo, igualdade de todos perante a lei, presunção de inocência, direito à segurança, liberdade de consciência e o dever do Estado de garantir os direitos humanos.

Esse contexto de constante luta com os exércitos das monarquias absolutistas europeias impulsionou a Revolução Francesa para além das fronteiras daquele país, uma vez que os revolucionários temiam que as intervenções estrangeiras não cessassem até a derrota dos demais Estados autocráticos. Esse anseio de espalhar os ideais revolucionários fez com que a Revolução Francesa se distinguisse das anteriores (inglesa e americana), o que consagrou a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão como sendo a primeira com vocação universal. Esse universalismo será o grande alicerce da futura afirmação dos direitos humanos no século XX com a edição da Declaração Universal de Direitos Humanos⁴⁹ (RAMOS, 2014, p. 44).

⁴⁸ Conforme aponta Comparato (2010, p.63), faltou apenas o reconhecimento da fraternidade, isto é, a exigência de uma organização solidária da vida comum, o que só se logrou alcançar com a Declaração Universal de Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

⁴⁹ Cumpre esclarecer que não há consenso absoluto sobre esta característica de *universalidade* atribuída aos direitos humanos na doutrina internacionalista, sendo contraposta pelo chamado *relativismo*. Tal linha de pensamento desenvolveu-se primariamente a partir da visão antropológica de Franz Boas que, em 1887, defendeu não ser possível definir a civilização de maneira absoluta. Isto porque a pluralidade da sociedade prevê a *relatividade* em relação aos direitos, pois os mesmos derivam dos aspectos culturais e sociais da comunidade. Assim, as concepções sobre direitos somente poderiam ser analisadas em face de um determinado contexto cultural vigente (BOAS, 1887). Acerca da polêmica entre *universalidade* e

Para Comparato, as declarações de direitos norte-americanas, bem como a Declaração francesa de 1789, representaram a emancipação histórica do indivíduo perante os grupos sociais aos quais sempre se submeteu (família, clã, estamento, organizações religiosas). O autor aponta que o terreno, nesse campo, fora preparado mais de dois séculos antes tanto pela reforma protestante, que enfatizou a importância da consciência individual em matéria moral, quanto pela cultura da personalidade de exceção, o herói que forja sozinho o seu próprio destino. Ocorre que, em contrapartida a essa ascensão do indivíduo (com a consequente perda de parte da proteção conferida pela família, estamental ou religiosa) tornou-o muito mais vulnerável às vicissitudes da vida. A sociedade liberal lhe ofereceu em troca a segurança da legalidade, com a garantia da igualdade de todos perante a lei, no entanto, essa isonomia não tardou a revelar-se como pomposa inutilidade para a legião crescente de trabalhadores (COMPARATO, 2010, p. 65).

A partir da persistência da miséria, mesmos após a implantação dos Estados constitucionais liberais, como na Inglaterra e na França, a percepção da necessidade de condições materiais mínimas de sobrevivência foi ampliada. Surgem, na Europa do século XIX, os movimentos socialistas que ganham apoio popular nos seus ataques ao modo de produção capitalista. Proudhon, socialista francês, fez apelo inflamado à rejeição do direito de propriedade privada em sua obra *O que é a propriedade* (1840). Karl Marx, na obra *A questão judaica* (1843), pela qual chegou a ser posteriormente acusado de antissemita, questionou os fundamentos liberais da Declaração Francesa de 1789, defendendo que o homem não é um ser abstrato, isolado das engrenagens sociais. Em 1848, Marx e Engels publicaram o Manifesto do Partido Comunista, no qual são defendidas novas formas de organização social. As teses socialistas, conforme aponta André de Carvalho Ramos (2014, p. 45), atingiram também a igualdade de gênero, uma vez que August Bebel (1883), por exemplo, defendeu que a mulher fosse totalmente independente, tanto social quanto economicamente, na nova sociedade socialista.

relativismo, destaca-se o entendimento de Souza Santos que, a despeito de não ser adepto do *relativismo* cultural como posição filosófica sobre direitos humanos, tampouco abraça a existência do *universalismo* como fundamento de validade desses. O referido autor argumenta que tal dicotomia seria intrinsecamente falsa e prejudicial para o processo consolidação dos direitos humanos, uma vez que todas as culturas possuiriam concepções próprias de *dignidade humana*. Nesse sentido, seria fundamental ampliar a consciência desta incompletude para que se estabeleça uma *concepção multicultural* de direitos humanos. Nesta concepção, todas as culturas seriam incompletas em seus entendimentos sobre *dignidade humana*, pois se cada uma delas fosse absoluta, não haveria diversidade cultural, sendo essencial a cooperação entre os povos (SOUZA SANTOS, 1997, p.112). (ÁVILA e MONTI, 2012, 6-7)

Indubitavelmente, são inúmeras as influências da ascensão das ideias socialistas no século XIX. No campo político, houve várias revoluções malsucedidas, até o êxito da Revolução Russa em 1917, que, pelo seu impacto, estimulou novos avanços na defesa da igualdade e justiça social. No plano do constitucionalismo, houve a introdução dos chamados direitos sociais – que pretendiam assegurar condições materiais mínimas de existência, tendo sido pioneiras a Constituição do México de 1917, a da Alemanha de 1919 (Weimar) e, no Brasil, a Constituição de 1934. No plano do direito internacional, consagrou-se a primeira organização internacional voltada para a melhoria das condições dos trabalhadores: a Organização Internacional do Trabalho, criada em 1919 pelo Tratado de Versailles que pôs fim à Primeira Guerra Mundial (RAMOS, 2014, p. 46).

O primeiro e mais remoto antecedente histórico do processo de internacionalização da proteção dos direitos humanos pode ser identificado nos tratados de paz de Westfália de 1648, que colocaram fim à Guerra dos Trinta Anos. No entanto, a chamada primeira fase de internacionalização dos direitos humanos tem sua origem entre a segunda metade do século XIX e o fim da Segunda Guerra Mundial, manifestando-se basicamente em três setores: o direito humanitário, a luta contra a escravidão e a regulação dos direitos do trabalhador assalariado. No campo do chamado direito humanitário, que compreende o conjunto de direitos e costumes para os períodos de guerra, o primeiro documento normativo de caráter internacional foi a Convenção de Genebra de 1864, a partir da qual se fundou, em 1880, a Comissão Internacional da Cruz Vermelha. A Convenção foi revista duas vezes: primeiro em 1907, a fim de se estenderem seus princípios aos conflitos marítimos (Convenção de Haia) e, depois, em 1929, para que fosse estabelecida a proteção dos prisioneiros de guerra (Convenção de Genebra).

A tendência de internacionalização dos direitos humanos também tornou-se aparente na luta contra a escravidão. O Ato Geral da Convenção de Bruxelas, de 1890, estabeleceu, embora sem efetividade, as primeiras regras interestatais de repressão ao tráfico de escravos africanos.

Contudo, conforme visto acima, um dos principais antecedentes para a compreensão do desenvolvimento do conceito de direitos humanos e de seu alcance foi a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), após a Primeira Guerra Mundial, com o objetivo de estabelecer critérios básicos de proteção ao trabalhador, regulando sua condição no plano internacional, tendo em vista assegurar padrões mais

condizentes de dignidade e de bem-estar social. Desde a sua fundação, em 1919, a OIT já conta com quase duas centenas de convenções internacionais promulgadas, às quais os Estados-parte, além de aderir, se viram obrigados a cumprir e respeitar.

Em face deste breve apanhado histórico, pode-se concluir que um conjunto de precedentes com origem no pensamento europeu contribuíram para a ideia de que a proteção dos direitos humanos deve ultrapassar as fronteiras estatais, transcendendo os limites da soberania territorial dos Estados para alçar-se à categoria de matéria de ordem internacional. Eles registram o fim de uma época em que o direito internacional estava adstrito à regulamentação das relações estritamente estatais, rompendo com o conceito de soberania estatal absoluta (que concebia o Estado como ente de poderes ilimitados, tanto interna como internacionalmente) e admitindo intervenções externas no plano nacional, para assegurar a proteção de direitos humanos violados. Ou seja, esta nova concepção afasta de vez o velho conceito de soberania estatal absoluta, que considerava, na acepção tradicional, como sendo os Estados os únicos sujeitos do direito internacional público.

É nesse cenário que começam a aparecer os primeiros contornos do chamado direito internacional dos direitos humanos que é a fonte da moderna sistemática internacional de proteção desses direitos. No entanto, até meados do século XX, o direito internacional, conforme visto, possuía apenas normas esparsas referentes a certos direitos essenciais. Contudo, desde o fim da Segunda Guerra Mundial, em decorrência das violações de direitos perpetradas durante esse período, os direitos humanos têm constituído um dos temas principais do direito internacional contemporâneo. Conforme visto até aqui, a normatividade internacional de proteção dos direitos humanos, conquistada por meio de incessantes lutas históricas, e consubstanciada em inúmeros tratados concluídos com este propósito, foi fruto de um lento e gradual processo.

Como marco dessa nova etapa do direito internacional, foi criada, pela Carta de São Francisco, a Organização das Nações Unidas (ONU) que constitui o passo decisivo no processo de internacionalização dos direitos humanos. O referido documento, datado de 1945, incluiu em seu preâmbulo, no artigo 1º e como objetivo da ONU o reconhecimento e o respeito aos direitos humanos ao redor do globo. O art. 55, alínea “c”, determina que a Organização deve favorecer “o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”. E o art. 56 estabelece o compromisso de todos os Estados-membros

de agir em cooperação com a Organização para a consecução dos propósitos enumerados no artigo anterior.

Ocorre que a previsão feita pela Carta de São Francisco é genérica, tendo sido necessária a aprovação de documento posterior visando explicitar um rol concernente aos “direitos humanos”. Deste modo, sua Assembleia aclamou, em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada por 48 votos. Apesar de nenhum voto contrário, houve duas ausências e oito Estados, dos já 58 Estados-membros da ONU, se abstiveram de votar, sendo eles, África do Sul, Arábia Saudita, Bielo-Rússia, Iugoslávia, Polônia, Tchecoslováquia, Ucrânia e União Soviética (REZEK, 2008, p. 29).

No âmbito jurídico, a Declaração Universal dos Direitos Humanos nasceu com a significativa força de uma importante *carta de intenções*, dos membros da ONU, mas não como a obrigatoriedade de um tratado. Ao longo dos anos de aplicação, sua natureza jurídica foi se transformando de tal maneira que sua respeitabilidade perante os Estados já faz com que seja considerada fonte do direito costumeiro, em razão das reiteradas menções ao seu conteúdo em documentos importantes, bem como na jurisprudência dos Estados e de tribunais internacionais. Com a evolução da hermenêutica internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos também passou a ser considerada fonte de interpretação das convenções internacionais, além de seus dispositivos integralizarem, para alguns doutrinadores, as chamadas normas imperativas do direito internacional, conhecidas por *jus cogens*⁵⁰.

Como exemplos dessa adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos como direito costumeiro, bem como fonte de interpretação das convenções internacionais, tem-se a Declaração e Plano de Ação de Viena⁵¹, de 1993, e a

⁵⁰ Nos termos do art. 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, as normas de *jus cogens* ou normas imperativas de direito internacional devem ser compreendidas como normas aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como normas das quais nenhuma derrogação é permitida e que só podem ser modificadas por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza. O art. 64 do mesmo diploma estabelece ainda o seguinte: “Se aparecer uma norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer Tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e termina”. Sobre a aplicação do conceito no contexto do direito internacional dos direitos humanos, Cançado Trindade comenta que “a consagração das obrigações erga omnes de proteção representa a superação de um padrão de conduta erigido sobre a pretensa autonomia de vontade do Estado, do qual o próprio direito dos Tratados buscou gradualmente se liberar ao consagrar o conceito de *jus cogens*.” (2007, p. 166-167)

⁵¹ Cf. Preâmbulo da Declaração e Plano de Ação de Viena: “a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que constitui um padrão comum a seguir por todos os povos e por todas as nações, é a fonte de inspiração e tem sido a base dos progressos das Nações Unidas com vista ao estabelecimento de padrões, conforme expressos nos instrumentos internacionais existentes em matéria de Direitos Humanos,

Declaração de Pequim⁵², de 1995, que lhe fazem expressa referência. No mesmo sentido, a Corte Internacional de Justiça reconheceu, no Parecer Consultivo 28, relativo ao caso da retenção, como reféns, dos funcionários que trabalhavam na embaixada norte-americana em Teerã, que os “princípios de direitos humanos daquela Convenção devem ser considerados princípios gerais de Direito Internacional”, vinculando inclusive Estados não contratantes.⁵³

A partir desse momento histórico, se desenvolveu o sistema normativo internacional por meio da elaboração e adoção por vários Estados de diversos outros tratados internacionais que versão sobre a temática. Atualmente existem, conforme dados disponíveis no site da ONU, mais de 140 (cento e quarenta) acordos internacionais que preveem obrigações jurídicas aos Estados ligadas a este tema.⁵⁴ Ressalte-se que não somente no âmbito da ONU foram gerados novos tratados sobre a matéria dos direitos humanos. Paralelamente a esse processo, foram elaborados diversos tratados de alcance regional. Podem ser citados como exemplo desse movimento: a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, datada de 1948, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, aprovada em 1950 e a Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos, que entrou em vigor em 1986.

Assim sendo, o objetivo da comunidade internacional foi o de estender a proteção internacional ao ser humano, não se considerando como prejuízo a ocorrência de redundâncias e repetições entre os tratados. Pelo contrário, em razão de os direitos humanos serem considerados derivados do costume internacional e inspirarem princípios gerais do direito, importantes fontes do direito internacional dos direitos humanos, a repetição das normas protetivas em múltiplos instrumentos tem intuito de fortalecer a tutela oferecida. O referido fortalecimento é em tal medida palpável que a

particularmente no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e no Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.”

⁵² Cf. Preâmbulo da Carta da Organização da Unidade Africana: “Nós reafirmamos o nosso compromisso relativo: [...] À igualdade de direitos e à dignidade humana inerente a mulheres e homens e aos demais propósitos e princípios consagrados na Carta das Nações Unidas, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e em outros instrumentos internacionais de direitos humanos, em particular na Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e na Convenção sobre os Direitos da Criança, como também na Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres e na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento.”

⁵³ “The principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States even without any conventional obligation”. (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. United States Diplomatic and Consular Staff in Tehra. [s. l.]: ICJ Reports, 1980. p. 22)

⁵⁴ Cf. <https://treaties.un.org/>

Corte Internacional de Justiça já reconheceu que a proteção aos direitos humanos consiste em princípio geral do direito internacional⁵⁵. (MONTI, 2012, p. 10)

Brevemente delineado tal panorama do desenvolvimento histórico dos direitos humanos, fica evidente que, a despeito da imprecisão conceitual, tais direitos possuem hoje substancial relevância, estando positivados em inúmeras normas nacionais e internacionais contemporâneas. Juntamente com o reconhecimento de sua relevância, no entanto, é essencial que se identifique sua noção política. Para Juan Carlos Vega (2007, p. 41 e ss.), os direitos humanos possuem um viés político na medida em que giram em torno, ao menos inicialmente, da relação do indivíduo com o Estado, quebrando o conceito tradicional de legitimidade como algo que emerge exclusivamente do poder dos Estados e redefinindo o próprio conceito de Estado ao transforma-lo em sujeito passivo de obrigações em relação aos seres humanos submetidos à sua jurisdição.

Vega explica que

De la clásica relación mando/obediência que caracteriza el concepto de monopolio de poder por parte del Estado del siglo XIX y XX, pasamos a una noción del Poder y del Estado diferente. Ahora el Poder del Estado está limitado por una legalidad universal que lo supera y lo contiene. Estamos en presencia de una soberanía acotada por una Legalidad que es anterior y superior al poder del Estado Nación. [...] Los Derechos Humanos son así reconocidos como derechos previos y superiores a cualquier legitimidad emergente del Poder Estatal. (VEGA, 2007, p. 41)⁵⁶

O núcleo dessa dimensão política é a compreensão de que não apenas há limites ao poder dos Estados, mas que a transgressão desses limites gera responsabilidade dos Estados na esfera internacional. Em última análise, pode se dizer que os direitos humanos são uma ideia política no sentido de que sua essência é centrada na necessidade de se impor freios ao abuso de poder dos Estados. Os direitos humanos são uma ideia crítica do modelo dominante de poder e a lógica de seu discurso leva inevitavelmente ao descortinamento da injustiça social e dos riscos inerentes ao abuso de poder estatal para a manutenção de uma ordem social injusta. Nesse sentido, seria possível pensar os direitos humanos como um paradigma para a limitação da

⁵⁵ Cf. parecer consultivo da Corte Internacional de Justiça, de 28 de maio de 1951, relativo à Convenção de Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio.

⁵⁶ Da clássica relação comando/obediência que caracteriza o conceito de monopólio de poder por parte do Estado nos séculos XIX e XX, passamos a uma noção de Poder e de Estado diferente. Agora o Poder do Estado está limitado por uma legalidade universal que o supera e, ao mesmo tempo, o contém. Estamos diante de uma soberania limitada por uma legalidade que é anterior e superior ao poder do Estado Nação. [...] Os Direitos Humanos são assim reconhecidos como direitos prévios e superiores a qualquer legitimidade emergente do Poder Estatal. (VEGA, 2007, p.41)

atuação do soberano, especialmente no que se refere aos estados de exceção, conforme definidos por Agamben.

Ocorre, no entanto, que o próprio Agamben, partindo em grande medida de seu estudo da obra de Hannah Arendt – especialmente do livro *Origens do Totalitarismo* –, refletiu sobre o conceito de direitos humanos e o papel desses no contexto do Estado soberano. Se o autor possui uma tese sobre os direitos humanos, seria aquela que se enuncia desde o primeiro volume do *Homo Sacer* (2004) e que se encontrara repetida em *Meios Sem Fim* (2015), qual seja, a de que, no Estado moderno, os direitos humanos representam a figura originária da inscrição da vida nua natural na ordem jurídico-política do Estado-Nação.

4.2 O problema dos direitos humanos em Agamben

Já na introdução de *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*, Agamben apresenta algumas reflexões acerca do conceito de vida humana e do ingresso dessa, como elemento essencial, na esfera política. Para tanto o autor recorre a alguns dos referenciais teóricos já mencionados que balizaram grande parte de sua teoria, dentre eles Hannah Arendt e Michael Foucault.

Sobre o conceito de vida, Agamben inicia sua reflexão fazendo referência aos gregos, que não possuíam termo único para expressar o que atualmente designamos como tal, servindo-se de dois termos semântica e morfológicamente distintos, ainda que relacionados a um morfema comum: *zoé* (que exprimia o simples fato de viver, comum a todos os animais, homens e deuses) e *bíos* (que indicava a forma de viver própria de um indivíduo ou grupo). O principal ponto destacado pelo autor a partir de tal distinção se refere à hierarquização estabelecida entre uma vida natural e uma vida qualificada.

A simples vida natural é, nesse sentido, excluída, no mundo clássico, da *pólis* propriamente dita e resta firmemente confinada, como mera vida reprodutiva, ao âmbito do *oîkos*. O autor não ignora que, em uma das passagens mais célebres de *Política*, Aristóteles define o homem como um animal político (*politikòn zôon*), no entanto, afirma que neste contexto o termo político não se refere a um atributo do vivente como tal, mas, antes, a uma diferença específica que determina o gênero *zôon*. (AGAMBEN, 2002, p. 10)

É em referência a essa definição que Foucault resume o processo através do qual a vida natural começa, nos limiares da Idade Moderna, a ser incluída nos mecanismos e nos cálculos do poder estatal, passando a política, então, a ser biopolítica.

Para Foucault (1994, v. III, p. 719), o limiar de modernidade biológica de uma sociedade encontra-se no ponto em que a espécie e o indivíduo, enquanto simples corpo vivente, se tornam a aposta que está em jogo nas estratégias políticas. Esse processo pode também ser definido pela passagem do “Estado territorial” ao “Estado de população” e, conseqüentemente, pelo aumento vertiginoso da importância da vida biológica e da saúde da nação como problema do poder soberano.

Foucault, no entanto, conforme observa Agamben (2002, p. 12), jamais deslocou sua investigação para algumas das áreas da biopolítica moderna por excelência, tais como o campo de concentração e a estrutura dos grandes estados totalitários.

Em *A Condição Humana* (2001), Hannah Arendt, por sua vez, analisa o processo que leva o *homo faber* e, com este, a vida biológica, a ocupar progressivamente o centro da cena política do moderno. No entanto, a autora, que se dedica especialmente ao estudo do republicanismo moderno e não à biopolítica, não dá seguimento a sua pesquisa, não estabelecendo, portanto, nenhuma conexão dessa conclusão com as análises às quais anteriormente se dedicou, especialmente no que se refere ao poder totalitário.

É a partir dessas lacunas nas teorias mencionadas, bem como da constatação do ingresso da *zoé* na esfera da *pólis*, que Giorgio Agamben desenvolve, conforme visto anteriormente, seu pensamento sobre a condição humana, essencial à compreensão dos direitos humanos. Em *O Aberto* (2017), o referido autor parte de diversas concepções a fim de estabelecer um conceito de humano. No entanto, a despeito dos múltiplos conceitos apresentados, considera que nenhum é plenamente adequado, pois a divisão homem-animal, mais do que simplesmente biológica ou mesmo filosófica é, em suma, uma definição política:

A divisão da vida em vegetal e de relação, orgânica e animal, animal e humana, passa então, acima de tudo, no interior do vivente homem como fronteira móvel e, sem este corte íntimo, a própria decisão sobre o que é humano e o que não é provavelmente não seria possível. (AGAMBEN, 2017, p. 31)

Ou seja, não é por um fato a priori que se distingue o homem do animal, mas por uma decisão, que como amplamente discutido em capítulo anterior, em geral não é neutra, prestando-se, antes, ao atendimento dos interesses do soberano. Tal afirmação pode soar extremada em face dos paradigmas contemporâneos, no entanto, encontra

múltiplos e geograficamente dispersos exemplos na história: a escravidão, legitimada pela compreensão de que determinada etnia ou população não detinha a qualidade de humana; os violentos processos de colonização e extermínio dos povos tradicionais; o genocídio do povo judeu, etc.

As implicações de tal conclusão para os direitos humanos são significativas, pois, não apenas colocam em cheque uma de suas premissas elementares – de que basta a condição de ser pessoa humana para que todos possam vindicar seus direitos, tanto no plano interno como no contexto internacional (SANTIAGO NINO, 1989, p. 41) –, mas também atinge o fundamento do direito internacional dos direitos humanos que seria a desvinculação, ainda que parcial, desses da figura do Estado ou de qualquer outra figura de autoridade soberana.

Agamben não ignora tais impactos, mas, por considerar que a separação entre o humano e o animal se passa, sobretudo, no interior do homem. Entende, contudo, que é a própria questão do homem – e do chamado humanismo – que deve ser repensada. Em nossa cultura, o homem foi tradicionalmente pensado como a articulação e, em certa medida, a conjunção de um corpo e uma alma – de um vivente e um logos, de um elemento natural e um elemento sobrenatural, no entanto, para o autor o essencial seria “aprender a pensar o homem como aquilo que resulta da desconexão desses dois elementos e investigar não o mistério metafísico da conjunção, mas o lado prático e político da separação” (AGAMBEN, 2017, p. 31). Trabalhar sobre essas divisões seria questionar como o homem – pelo homem – é separado do não-homem, sendo tal reflexão, nas palavras de Agamben, “mais importante que tomar posição sobre grandes questões, sobre supostos valores e direitos humanos” (AGAMBEN, 2017, p. 31).

Aparentemente, o que o autor pretende é apontar a necessidade de se refletir sobre os fundamentos dos direitos humanos, a fim de que eventual defesa desses não seja maculada pela ingenuidade de se ignorar, conforme apontado anteriormente, a dimensão política do conceito (que em Agamben assume contornos diversos daqueles delineados por Juan Carlos Vega (2007)).

A partir do título do quinto capítulo, da parte II, da obra *Origens do Totalitarismo* de Hannah Arendt – *O declínio do Estado-nação e o fim dos direitos do homem* –, Agamben (2002) passa a analisar a ideia de uma íntima e necessária conexão entre o Estado e o destino dos direitos do homem. Na referida obra, Hannah Arendt parte da figura do refugiado, que deveria encarnar por excelência o homem dos direitos, mas que, no entanto, assinala a crise radical do conceito de direitos humanos. Nesse

sentido, conforme explica a autora, a concepção dos direitos do homem baseada na suposta existência de um ser humano como tal, caiu em ruínas tão logo aqueles que professavam encontraram-se pela primeira vez diante de homens que haviam perdido toda e qualquer qualidade e relação específica – exceto o puro fato de serem humanos⁵⁷.

A crítica, inicialmente formulada por Arendt e levada a cabo por Agamben, é no sentido de que os ditos direitos inalienáveis do homem se mostram desprovidos de qualquer tutela e de qualquer realidade no momento em que não seja possível configurá-los como direitos dos cidadãos de um Estado. Agamben (2002, p. 133) chega a afirmar que tal fato está implícito “na ambiguidade do próprio título da declaração de 1789: *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen*, onde não está claro se os dois termos denominam duas realidades autônomas ou formam em vez disso um sistema unitário”.

O autor segue sua análise fazendo incidir nova luz inclusive sobre o histórico de formação dos direitos humanos ao afirmar que, no pós Segunda Guerra Mundial, a ênfase instrumental sobre os direitos do homem e a proliferação das declarações no âmbito de organizações supranacionais acabaram por impedir uma adequada compreensão do significado histórico do fenômeno. Mas, em suas palavras:

é chegado o momento de cessar de ver as declarações de direitos como proclamações gratuitas de valores eternos metajurídicos, que tendem (na verdade sem muito sucesso) a vincular o legislador ao respeito pelos princípios éticos eternos, para então considera-las de acordo com aquela que é a sua função histórica real na formação do moderno Estado-nação. As declarações dos direitos representam aquela figura original da inscrição da vida natural na ordem jurídico-política do Estado-nação. Aquela vida nua natural que, no antigo regime, era politicamente indiferente e pertencia, como fruto da criação, a Deus, e no mundo clássico era (ao menos em aparência) claramente distinta como *zoé* da vida política (*bíos*), entra agora em primeiro plano na estrutura do Estado e torna-se aliás o fundamento terreno de sua legitimidade e da sua soberania. (AGAMBEN, 2002, p. 134)

Agamben afirma que é na passagem da soberania régia para a nacional, da condição do indivíduo de súdito para a de cidadão, que a vida nua teria se tornado a portadora imediata da soberania. Tal premissa implica que a vida – orgânica, natural – passa a ocupar o centro da política, e se torna a fiadora e o fundamento último da soberania dos Estados-Nação. Toda a questão relaciona-se à compreensão de como a

⁵⁷ O termo “vida nua natural” – no qual Agamben parece inspirar-se para constituir sua *nuda vita* – é uma expressão cunhada por Arendt em *Origens do Totalitarismo* para identificar aqueles que, no período entre guerras, haviam perdido o direito a ter direitos e encontravam-se radicalmente excluídos do próprio conceito de humanidade em razão do consistente uso do mecanismo da desnacionalização em massa. As desnacionalizações produziam sem cessar homens que não eram nada além de seres humanos puros que, desprovidos de toda outra qualidade – nacionalidade, cidadania, tecido de relações sociais, vínculo com um povo, com uma terra ou com uma genealogia – constituíam, então, a concreta figura-limite dos direitos humanos. (CORRÊA, 2014, p.25)

vida passa a constituir o epicentro do exercício do poder soberano na modernidade, em cujo contexto “as declarações de direitos devem então ser vistas como o local em que se efetua a passagem da soberania régia de origem divina à soberania nacional. Elas asseguram”, segundo Agamben, “a *exceptio* da vida na nova ordem estatal que deverá suceder à derrocada do *ancien régime*”. (AGAMBEN, 2002, p. 134-135)

Nessa perspectiva, não seria possível compreender o desenvolvimento e a vocação nacional e biopolítica do Estado modernos dos séculos XIX e XX, sem se considerar que em seu fundamento não está o homem como sujeito político livre e consciente, mas a sua vida nua. Isto é, nascimento e nação já não comportam mais nenhum resíduo; há uma completa coincidência entre o *nascido vivo* e o *cidadão*. Conforme explica Murilo Corrêa (2014, p. 28), para compreender, finalmente, o que leva Agamben a afirmar que “a vida se torna o portador imediato da soberania”, é interessante pensar nas implicações políticas da metáfora hobbesiana do Leviatã, segundo a qual o corpo do soberano é constituído por todos os corpos individuais dos cidadãos.

Uma das características essenciais da biopolítica moderna é a sua contínua necessidade de redefinir o limiar que articula e separa aquilo que está dentro daquilo está fora. Uma vez que a vida natural, originalmente separada da política, é convertida em fundamento da soberania, ultrapassando os muros do *oîcos* e penetrando sempre mais profundamente na cidade, ela se transforma em “uma linha em movimento que deve ser incessantemente redesenhada” (AGAMBEN, 2002, p. 138). É na *zoé*, que as declarações politizaram, que foram redefinidos os limites que permitirão isolar uma vida sacra – ou seja, matável e insacrificável.

A denúncia de Agamben com relação aos direitos humanos relaciona-se estritamente com a teoria do estado de exceção permanente, evidenciando mais uma vez a correlação das obras do autor. Isso porque, em última análise, o que ele aponta é a apropriação por parte do soberano do conceito de direitos humanos, uma vez que, conforme estabelecido, a própria definição do que é humano advém de uma decisão. Dessa apropriação, decorreria a vinculação de tais direitos à figura do Estado, que, ante a captação da vida nua e a pretensão de manutenção da ordem vigente, atua instituindo estados de exceção permanentes a fim assegurar sua soberania.

Sobre o tema, Flávia de Ávila comenta:

Tendo como premissa o paradoxo relacionado à concepção teórica inicial de direitos humanos sendo limitação e/ou estratégia do soberano poder estatal, questionam-se suas atribuições no âmbito do direito e da sociedade

internacional. Se, por um lado, os direitos humanos podem ser entendidos como meio de reconciliação do humano com suas condições básicas, que lhe faltariam em razão da perda do mundo, em uma interpretação do trabalho de Hannah Arendt, Giorgio Agamben chama a atenção para a estratégia de poder estatal que se utiliza dos direitos humanos para manutenção da vida nua, que sacraliza a vida na condição de qualquer vida.

Deste modo, ao invés da emancipação imanente advinda do pensar da própria condição humana que pode ser proporcionada pelo diálogo referente à construção política de identidade, restringe-se a atuação dos direitos humanos ao mínimo alcance possível, que condiciona a dignidade humana ao exercício do poder em que a discussão biopolítica se passa primordialmente em torno de estabelecimento de autoridade. (ÁVILA, 2016, p. 1)

Tal cenário, associado à compreensão de que a própria soberania do Estado está intimamente vinculada à vida nua dos indivíduos-cidadãos, é esclarecedora para a análise que se pretende no capítulo seguinte. No entanto, antes de se adentrar no cerne do problema do presente trabalho, faz-se necessário apresentar a inserção dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro ou, em outras palavras, de que maneira a atual Constituição da República Federativa do Brasil se apropria do conceito de direitos humanos e qual papel foi a esses conferido, ao menos no âmbito teórico.

4.3 Direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro

Sem ignorar as imprecisões conceituais e a problemática dos fundamentos e fins dos direitos humanos em sua relação com o Estado, para efeito do estudo ora proposto, será adotada a concepção contemporânea de direitos humanos adotada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), pela qual são eles concebidos como unidade indivisível e interdependente, sendo os valores de igualdade e liberdade complementares. O que se pretende neste tópico é demonstrar a importância desses direitos, essencialmente pautados no ideal de dignidade da pessoa humana, para a ordem jurídica nacional.

Desde a primeira Carta brasileira, em 1824, houve a previsão de um rol de direitos a serem assegurados pelo Estado. O art. 179, mencionado anteriormente quando da análise do desenvolvimento do sistema constitucional das crises no ordenamento jurídico brasileiro, garantia a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, incluindo em seu texto trinta e cinco incisos que detalhavam os direitos fundamentais. No entanto, conforme aponta Ramos (2014, p. 361), essa Carta, quando analisada sob a ótica contemporânea, se prestava à função de mascarar o cenário de garantia de direitos fundamentais da época, que incluía, por exemplo, escravidão e voto censitário. Nesse sentido, desde a origem constitucional brasileira vê-se a distorção dos

direitos humanos a partir de um discurso vazio, precisamente conforme denunciado por Agamben.

Na Constituição Republicana de 1891, a tradição de inserção do rol de direitos teve continuidade e o art. 72 dispôs que “a Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade”. O que Ramos (2014, p. 361) chama de *princípio da não exaustividade dos direitos fundamentais* foi reconhecido no art. 78 que estabelecia que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluiriam outros não enumerados, mas resultantes da forma de governo por ela estabelecida e dos princípios nela consignados. É interessante notar a semelhança de tal redação com a do art. 5º, §2º, da CRFB/88, que será detalhadamente analisado no tópico seguinte, sendo indicada desde então a ideia de que os princípios elencados pelo texto constitucional podem ser efetivados, e mesmo expandidos, a partir de fontes externas a ele próprio.

A Constituição de 1934 previu expressamente direitos fundamentais aos dispor, em seu Título III, dos direitos civis e políticos. Em seu Título IV – Da Ordem Econômica e Social –, a Constituição inovou ao estabelecer diversos direitos sociais, como os relativos aos trabalhadores que incluíam a vedação às disparidades salariais motivadas por idade, sexo, nacionalidade ou estado civil. Também este texto constitucional reconheceu, em seu art. 114, o princípio da não exaustividade dos direitos fundamentais.

Em que pese a Constituição de 1937 se prestar apenas à camuflagem da ditadura de Getúlio Vargas, houve a menção formal a um rol de direitos em seus art. 122 e seguintes. A parte final do art. 123, porém, deixava clara a prevalência absoluta da razão de Estado em detrimento dos direitos humanos, ao determinar que o uso desses direitos e garantias teria por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva.

A Constituição de 1946 instaurou, após o final da ditadura do Estado Novo, uma nova ordem democrática no Brasil, que se encerraria somente com o golpe militar de 1964. Ela previu, em seu art. 141, o rol dos direitos e garantias individuais e retomou a cláusula de abertura dos direitos decorrentes inserida dos textos de 1891 e 1934. Na linha da Constituição de 1934, a Constituição de 1946 enumerou vários direitos sociais, inclusive o direito de greve (art. 158).

Com a ditadura militar, a Constituição de 1967 previu formalmente um rol de direitos e garantias individuais, fazendo menção a outros decorrentes do regime e dos

princípios constitucionais, contudo, trouxe também, em seu art. 151, a ameaça explícita aos inimigos do regime, ao estabelecer em cláusula indeterminada o abuso dos direitos individuais. Nessa perspectiva, mais uma vez resta evidenciado o império da razão de Estado.

Com a redemocratização, o Congresso Constituinte (1985-1987) reagiu a mais de vinte anos de ditadura com uma significativa inserção de direitos e garantias no texto da futura Constituição, que recebeu, por esse motivo, a alcunha de Constituição Cidadã. Ramos (2014, p. 362) aponta que, além dos direitos assegurados, houve sensível mudança no perfil do Ministério Público, que ganhou autonomia, independência funcional e a missão de defesa de direitos humanos.

A dignidade da pessoa humana, inscrita na CRFB/88, como fundamento do Estado, significa não só um reconhecimento do valor do homem em sua dimensão de liberdade, mas também de que o Estado se estabelece com base nesse princípio. Conforme explica Kildare Carvalho (2010, p. 693):

A dignidade da pessoa humana significa ser ela, diferentemente das coisas, um ser que deve ser tratado e considerado como um fim em si mesmo, e não para obtenção de algum resultado. A dignidade da pessoa humana decorre do fato de que, por ser racional, a pessoa é capaz de viver em condições de autonomia e de guiar-se pelas leis que ela própria edita: todo homem tem dignidade e não um preço, como as coisas, já que é marcado, pela sua própria natureza, como fim em si mesmo, não sendo algo que pode servir de meio [...].

Segundo Ana Paula de Barcellos (2002, p. 249), na CRFB/88, a dignidade da pessoa humana se tornou o princípio fundante da ordem jurídica brasileira e a finalidade principal do Estado, devendo ser consideradas todas as consequências hermenêuticas que esse status jurídico confere ao princípio. De fato, nos termos do art.1º, a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e o pluralismo político. Assim sendo, os próprios “fundamentos da República convergem para a proteção dos direitos humanos” (RAMOS, 2014, p. 364).

A dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso, III), consoante definição de Ramos (2014, p. 364), “consiste na qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como assegura condições materiais mínimas de sobrevivência”. Nesse sentido, Uadi Lamego Bulos (2002, p. 49-50 *apud* GUERRA, 2013, p. 182) afirma que a dignidade da pessoa

humana é o valor supremo que agrega em torno de si a unanimidade dos demais direitos e garantias fundamentais do homem, corroborando para um imperativo de justiça social. Sua observância é, na concepção do referido autor, obrigatória para a interpretação de qualquer norma, devido à força centrípeta que possui, atraindo em torno de si o conteúdo de todos os direitos básicos e inalienáveis do homem.

A CRFB/88 engloba assim, em favor do homem, um direito de resistência. Cada indivíduo possui uma capacidade de liberdade. Ele é por si só depositário e responsável do sentido de sua existência. Nenhuma autoridade tem o direito de lhe impor, por meio de constrangimento, o sentido que ele espera dar a sua existência. O respeito a si mesmo, ao qual tem direito todo homem, implica que a vida que ele leva dependa de uma decisão de sua consciência e não de uma autoridade exterior. (DELPÉRÉE, 1999, p. 160)

Assim sendo, a constitucionalização da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro denota a importância que o princípio assume no âmbito nacional. Dentre suas diversas funções, apontadas por Sidney Guerra (2013), destacam-se as seguintes: reconhecer a pessoa humana como fundamento e fim do Estado (ainda que aqui se torne evidente o viés biopolítico apontado por Agamben); promover os direitos fundamentais; e condicionar a atividade do interprete.

Os objetivos da República Federativa do Brasil também se relacionam com a proteção dos direitos humanos, uma vez que são finalidades do Estado a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; e ainda a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Não é demais, nesse contexto, afirmar que a legitimidade do poder estatal tem como um de seus pressupostos a garantia da dignidade humana.

Inegável, nessa lógica, que a CRFB/88 é um marco na temática dos direitos humanos na história do constitucionalismo brasileiro. Isso porque, em primeiro lugar, introduziu o mais extenso e abrangente rol de direitos das mais diversas espécies, incluindo os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, além de prever várias garantias, como o mandado de injunção e o *habeas data*. Além disso, essa enumeração de direitos e garantias não é exaustiva, uma vez que o art. 5º, §2º, prevê o *princípio da não exaustividade dos direitos fundamentais*, também denominado de abertura da Constituição aos direitos humanos, dispondo que os direitos nela previstos

não excluem outros decorrentes do regime, dos princípios constitucionais e de tratados celebrados pelo Brasil. (RAMOS, 2014, p. 365)

Em razão de tal previsão, de forma até então inédita no Brasil, a abertura constitucional foi baseada também nos tratados internacionais celebrados. Outrossim, a CRFB/88 determina que o Brasil deve cumprir, nas suas relações internacionais, o princípio da *prevalência dos direitos humanos* (art. 4º, inciso II). Esse “novo perfil constitucional favorável ao Direito Internacional” (RAMOS, 2014, p. 366) levou o Brasil, logo após a edição da Constituição de 1988, a ratificar os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Desde então, o Brasil passou a integrar todos os mais relevantes instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, tendo reconhecido a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Tribunal Penal Internacional.

Assim, ainda que não pela mera observância dos dispositivos constitucionais, mas também pela possibilidade de questionamento perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos e outros órgãos internacionais, não é mais possível se pensar em uma interpretação nacionalista dos direitos humanos no Brasil. No entanto, diante do posicionamento majoritário com relação à dicotomia *direito interno x direito internacional*, bem como da frágil efetividade desse último em território brasileiro, ambas questões exploradas no capítulo anterior, torna-se essencial a compreensão da sistemática atualmente adotada para a internalização dos tratados de direitos humanos, da hierarquia normativa atribuída a esses e do impacto dessas duas questões nos planos teórico e práticos, especialmente na medida em que contrastam com o próprio texto constitucional.

4.4 Tratados de direitos humanos

No que se refere à posição do Brasil em relação ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, observa-se que somente a partir do processo de democratização do país, iniciado em 1985, é que o Estado brasileiro passou a ratificar relevantes tratados internacionais sobre a matéria. O marco inicial do processo de incorporação de tratados internacionais de direitos humanos pelo direito brasileiro foi a ratificação, em 1989, da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes. A partir desse momento, inúmeros outros importantes

instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos foram também incorporados pelo direito brasileiro, sob a égide da CRFB/88.

Dentre os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, a partir da CRFB/88, destacam-se: a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989; a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28 de setembro de 1989; a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992; a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992; a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27 de novembro de 1995; o Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte, em 13 de agosto de 1996; o Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 21 de agosto de 1996; a Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência, em 15 de agosto de 2001; o Estatuto de Roma, que cria Tribunal Penal Internacional, em 20 de junho de 2002; o Protocolo Facultativo à Convenção sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, em 28 de junho de 2002; o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre o Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados, em 27 de janeiro de 2004, o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, bem como o Segundo Protocolo ao mesmo Pacto visando a Abolição da Pena de Morte, em 25 de setembro de 2009.

Conforme destaca Flávia Piovesan (2012, p. 51), as inovações introduzidas pela CRFB/88, especialmente no que tange ao primado da prevalência dos direitos humanos, como princípio orientador das relações internacionais, foram fundamentais para a ratificação desses importantes instrumentos de proteção dos direitos humanos. Sobre a articulação dos compromissos internacionais com o texto da CRFB/88, José Augusto Lindgren Alves comenta:

Com a adesão aos dois Pactos Internacionais da ONU, assim como ao Pacto de São José, no âmbito da OEA, em 1992, e havendo anteriormente ratificado todos os instrumentos jurídicos internacionais significativos sobre a matéria, o Brasil já cumpriu praticamente todas as formalidades externas necessárias à sua integração ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos. Internamente, por outro lado, as garantias aos amplos direitos entronizados na Constituição de 1988, não passíveis de emendas e, ainda, extensivas a outros decorrentes de tratados de que o país seja parte, asseguram a disposição do

Estado democrático brasileiro de conformar-se plenamente às obrigações internacionais por ele contraídas. (ALVES, 1994, p. 108)

Faz-se clara, portanto, a relação entre o processo de redemocratização no Brasil e o processo de incorporação de relevantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, tendo em vista que, se o processo de redemocratização permitiu a ratificação de relevantes tratados de direitos humanos, por sua vez, essa ratificação permitiu o fortalecimento do processo democrático, mediante a ampliação e o reforço do espectro de direitos assegurados. (PIOVESAN, 2012, p.52)

A despeito de a promulgação da CRFB/88 representar um marco significativo para o início dos processos de redemocratização do Estado brasileiro e de institucionalização dos direitos humanos no país, há toda uma complexidade envolvendo a integração, eficácia e aplicabilidade dos tratados relativos a esses direitos na ordem jurídica brasileira. No centro da discussão parece estar a compreensão acerca do valor que a Constituição Federal atribui aos tratados de direitos humanos em nossa ordem jurídica.

A Constituição de 1988, dentro dessa ótica marcadamente protetiva, erigiu, conforme visto anteriormente, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III) e a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, inciso II) a princípios fundamentais da República Federativa do Brasil. Este último passou a ser, inclusive, princípio pelo qual o Brasil deve reger-se no cenário internacional; assim, ao falar em prevalência dos direitos humanos está a CRFB/88 ordenando à jurisdição brasileira que respeite as decisões ou recomendações provindas da ordem internacional, em especial das instâncias judiciais de proteção, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A atual Constituição, dessa forma, instituiu no país novos princípios jurídicos que conferem suporte axiológico a todo o sistema normativo brasileiro e que devem ser sempre levados em conta quando se trata de interpretar e aplicar quaisquer normas do ordenamento jurídico pátrio. (MAZZUOLI, 2015, p. 912-913)

Após a edição da Constituição de 1988, parte da doutrina apoiou a tese de que os tratados de direitos humanos eram diferenciados dos demais em virtude da redação dos dois parágrafos originais do art.5º. O §1º estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Esse termo “aplicação imediata” teria, conforme aponta parte da literatura especializada, a consequência da dispensa do decreto de promulgação. Houve quem defendesse que, desde 1988, a Constituição ordenava a dispensa da incorporação e a adoção automática dos tratados

internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Nesse sentido, bastaria o ato de ratificação e a entrada em vigor, no plano internacional, do tratado de direitos humanos para que esse fosse automaticamente válido no âmbito interno.

Sobre o §1º do art. 5º, Antônio Augusto Cançado Trindade argumenta que:

se, para os tratados internacionais em geral, tem-se exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições, vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente, no tocante aos tratados de direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante, os arts. 5 (2) e 5(1) da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano de nosso ordenamento jurídico interno [...]. (CANÇADO TRINDADE, 2000, p. 140)

O Supremo Tribunal Federal, contudo, interpretou restritivamente o art. 5º, §1º, entendendo que esse regeira somente a aplicação interna dos direitos e garantias fundamentais, sem relação, portanto, com a necessidade ou não de decreto executivo na incorporação de tratados. Assim, para o STF, todos os tratados, inclusive os de direitos humanos, deveriam passar pelas quatro fases vistas acima (assinatura, decreto legislativo, ratificação e decreto presidencial) para que pudessem ter validade nacional.

Sobre o §2º do art. 5º, Valerio Mazzuoli (2015, p. 913) aponta que a Constituição brasileira de 1988 deu um passo extraordinário rumo à abertura do nosso sistema jurídico ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, quando estatuiu que: "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". Com base nesse dispositivo, que segue a tendência do constitucionalismo contemporâneo, o referido autor argumenta ainda que:

[...] os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm índole e nível constitucionais, além de aplicação imediata, não podendo ser revogados por lei ordinária posterior. E a nossa interpretação sempre foi a seguinte: se a Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados "não excluem" outros provenientes dos tratados internacionais "em que a República Federativa do Brasil seja parte", é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil "se incluem" no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem. É dizer, se os direitos e garantias expressos no texto constitucional "não excluem" outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar outros direitos e garantias, a Constituição "os inclui" no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu "bloco de constitucionalidade". (MAZZUOLI, 2015, p. 913-914)

A partir da análise do §2º do art. 5º da Constituição a República Federativa do Brasil de 1988, parte da literatura especializada – exemplificada por Mazzuoli (2015) e Piovesan (2012) – identifica, no texto constitucional brasileiro, três vertentes dos direitos e garantias individuais: *a)* direitos e garantias expressos na Constituição; *b)* direitos e garantias implícitos, subentendidos nas regras de garantias, bem como os decorrentes do regime e dos princípios pela Constituição adotados, e *c)* direitos e garantias inscritos nos tratados internacionais de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte.

A CRFB/88, com a disposição do §2º do seu art. 5º passou a reconhecer claramente, no que tange ao seu sistema de direitos e garantias, uma dupla fonte normativa: *a)* aquela advinda do direito interno (direitos expressos e implícitos na Constituição, estes últimos subentendidos nas regras de garantias ou decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados); e *b)* aquela outra advinda do direito internacional (decorrente dos tratados internacionais de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte). (MAZZUOLI, 2015, p. 914) Esta dualidade de fontes alimenta a completude do sistema e significa que em caso de conflito deve o intérprete optar pela fonte que proporciona a norma mais favorável à pessoa protegida (princípio *pro homine*), pois o que se visa é a otimização e a maximização dos sistemas (interno e internacional) de proteção dos direitos humanos.

Nos dizeres de Antônio Augusto Cançado Trindade (1991, p. 631):

[...] a novidade do art. 5º (2) da Constituição de 1988 consiste no acréscimo, por proposta que avancei, ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, dos direitos e garantias expressos em tratados internacionais sobre a proteção dos direitos humanos em que o Brasil é parte. Observe-se que os direitos se fazem acompanhar necessariamente das garantias. É alentador que as conquistas do Direito Internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no Direito Constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista.

De forma expressa, a CRFB/88 atribuiu aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos devidamente ratificados pelo Estado brasileiro (e em vigor) a condição de fontes do sistema constitucional de proteção de direitos. É dizer, a CRFB/88 inova ao incluir, dentre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. Ao efetuar tal incorporação, a Constituição está a atribuir ao direito internacional dos direitos humanos uma hierarquia especial e diferenciada, qual seja, a de norma constitucional.

Tal conclusão advém da interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional. A esse raciocínio se somam o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais referentes a direitos e garantias fundamentais e a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais, o que justifica estender aos direitos previstos em tratados o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais. Outro fator que conduz a tal conclusão é o processo de globalização que estimula a abertura da Constituição às normas internacionais – abertura essa que resulta na ampliação do chamado bloco de constitucionalidade, que passa a incorporar preceitos asseguradores de direitos fundamentais. (PIOVESAN, 2012, p. 53-54)

O constitucionalista José Joaquim Gomes Canotilho se orienta no mesmo sentido quando pondera que:

As Constituições, embora continuem a ser pontos de legitimação, legitimidade e consenso autocentrados numa comunidade estadualmente organizada, devem abrir-se progressivamente a uma rede cooperativa de metanormas [...] e de normas oriundas de outros ‘centros’ transnacionais e infranacionais (regionais e locais) ou de ordens institucionais intermediárias (‘associações internacionais’, ‘programas internacionais’). A globalização internacional dos problemas (‘direitos humanos’, ‘proteção de recursos’, ‘ambiente’) aí está a demonstrar que, se a ‘Constituição jurídica do centro estadual’, territorialmente delimitado, continua a ser uma carta de identidade política e cultural e uma mediação normativa necessária de estruturas básicas de justiça de um Estado-Nação, cada vez mais ela se deve articular com outros direitos, mais ou menos vinculante e preceptivos (*hard law*), ou mais ou menos flexíveis (*soft law*), progressivamente forjados por novas ‘unidades políticas’ [...]. (CANOTILHO, 1993, p. 18)

E, ainda nesta linha, em outra obra, o mesmo autor aponta:

Se ontem a conquista territorial, a colonização e o interesse nacional surgiam como categorias referenciais, hoje os fins dos Estados podem e devem ser os da construção de Estados de Direito Democráticos, Sociais e Ambientais; no plano interno e Estados abertos e internacionalmente amigos e cooperantes no plano externo. Estes parâmetros fortalecem as imbricações do direito constitucional com o direito internacional. [...] Os direitos humanos articulados com o relevante papel das organizações internacionais fornecem um enquadramento razoável para o constitucionalismo global. O constitucionalismo global compreende não apenas o clássico paradigma centrado nas relações horizontais entre Estados, mas no novo paradigma centrado nas relações Estado/povo, na emergência de um direito internacional dos Direitos Humanos e na tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos. Por isso, o Poder Constituinte dos Estados e, conseqüentemente, das respectivas Constituições nacionais, está hoje cada vez mais vinculado a princípios e regras de Direito Internacional. É como se o direito internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (cujas normas

passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do *jus cogens* internacional). O Poder Constituinte soberano criador de Constituições está hoje longe de ser um sistema autônomo que gravita em torno da soberania do Estado. (CANOTILHO, 1998, p. 1217)

Sobre o tema, Mazzuoli (2015, p. 915) é taxativo ao afirmar que “a cláusula aberta do §2º do art. 5º, da CRFB/88, sempre admitiu o ingresso dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no mesmo grau hierárquico das normas constitucionais, e não em outro âmbito de hierarquia normativa”. No mesmo sentido, Flavia Piovesan (2012, p. 54) argumenta que a hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos decorre da previsão constitucional do art. 5º, §2º, à luz de uma interpretação teleológica da CRFB/88, especialmente no que se refere à prioridade atribuída aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Essa opção do constituinte se justifica, segundo a referida autora, “em face do caráter especial dos tratados de direitos humanos e, no entender de parte da doutrina, da superioridade desses tratados no plano internacional, tendo em vista que integrariam o chamado *jus cogens* (direito cogente e inderrogável)” (PIOVESAN, 2012, p. 54).

Levando-se em conta toda a principiologia internacional marcada pela força expansiva dos direitos humanos e pela sua caracterização como normas de *jus cogens* internacional, na literatura especializada também não faltaram vozes que, como Celso D. de Albuquerque Mello (2001), defenderam cientificamente o status supraconstitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos. No entanto, em sede jurisprudencial, a matéria nunca foi pacífica em nosso país, tendo o Supremo Tribunal Federal tido a oportunidade de, em mais de uma ocasião, analisar o assunto, sem, contudo, ter chegado a uma solução uniforme e satisfatória.

De 1998 a 2008, o STF decidiu a favor da tese de que os tratados de direitos humanos teriam idêntica hierarquia dos demais tratados, sendo considerados, portanto, como equivalentes à lei ordinária federal. O caso da prisão civil do depositário infiel é exemplar. Essa prisão foi expressamente proibida pela Convenção Americana de Direitos Humanos que, em seu art. 7, veda a prisão civil com exceção da decorrente de obrigação alimentar. Ainda na década de 90 do século passado, o STF decidiu que a Convenção Americana de Direitos teria status de lei ordinária federal e, logo, deveria ser subordinada ao texto constitucional brasileiro que, em seu art.5º, LXVII, menciona além da prisão civil decorrente do inadimplemento de obrigação alimentar, a hipótese da prisão civil do depositário infiel.

A ementa do acórdão no HC 72.131, julgado em 1995, não deixa dúvida:

Com efeito, é pacífico na jurisprudência desta Corte que os tratados internacionais ingressam em nosso ordenamento jurídico tão somente com força de lei ordinária [...], não se lhes aplicando, quando tendo eles integrado nossa ordem jurídica posteriormente à Constituição de 1988, o disposto no art.5º, §2º, pela singela razão de que não se admite emenda constitucional realizada por meio de ratificação de tratado. (BRASIL, 2003).

A fim de reforçar tal visão, o STF comparou a CRFB/88 com a Constituição argentina, a qual, após a reforma de 1994, passou a prever expressamente a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos. Para a Corte brasileira, a diferença entre as duas Constituições demonstrava que, quando o constituinte almeja estabelecer um status normativo diferenciado aos tratados de direitos humanos, ele assim o faz expressamente.

No entanto, conforme visto acima, tal entendimento do STF sempre possuiu ferozes críticos. Em primeiro lugar, houve quem defendesse, como Celso D. de Albuquerque Mello (2001), o estatuto supraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. Outra linha, à qual se vinculam Mazzuoli (2015) e Piovesan (2012), argumentava que o art. 5º, §2º, asseguraria a hierarquia de norma constitucional aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, pois sua redação gera cláusula de abertura que forneceria aos direitos previstos nos tratados de direitos humanos a estatura constitucional.

Pretendendo conciliar a cisão majoritária dos Ministros do Supremo Tribunal Federal de estatura equivalente a mera lei ordinária federal com a visão da literatura especializada de natureza constitucional dos tratados de direitos humanos, o então Ministro Sepúlveda Pertence, em trecho da fundamentação de seu voto no recurso em Habeas Corpus n. 79.785/RJ, sustentou que deveríamos:

aceitar a outorga de força supralegal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta a suas normas – até, se necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes. (BRASIL, 2002).

Essa posição conciliatória do Ministro não logrou apoio imediato no STF e, assim, o debate sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos prosseguiu, podendo ser resumido em quatro posições de maior repercussão: *a)* natureza supraconstitucional, em face de sua origem internacional; *b)* natureza constitucional; *c)* natureza equiparada à lei ordinária federal; *d)* natureza supralegal (voto solitário do Min. Sepúlveda Pertence).

Em virtude das controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais existentes até então no Brasil, e com o intuito de pôr fim às discussões relativas à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio, acrescentou-se um parágrafo subsequente ao §2º do art. 5º da Constituição, por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, com a seguinte redação: “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”.

Conforme explica André de Carvalho Ramos (2014, p. 389), a redação final do §3º foi recebida com pouco entusiasmo pelos defensores de direitos humanos, pelos seguintes motivos: *a)* condicionou a hierarquia constitucional ao rito idêntico ao das emendas constitucionais, aumentando o quórum de aprovação congressual e estabelecendo dois turnos, tornando-a, portanto, mais difícil; *b)* sugeriu, ao empregar a expressão “que forem”, a existência de dois tipos de tratados de direitos humanos no pós-Emenda: os aprovados pelo rito equivalente ao da emenda constitucional e os aprovados pelo rito comum (maioria simples); e *c)* nada mencionou quanto aos tratados anteriores à Emenda.

Sobre o tema, Valerio Mazzuoli (2015, p. 917) comenta que a inspiração do legislador constitucional brasileiro talvez tenha sido o art. 79, §§ 1º e 2º, da Constituição alemã, que prevê que os tratados internacionais, sobretudo os relativos à paz – com a observação de que a Lei Fundamental alemã não se refere expressamente aos tratados sobre direitos humanos como faz o texto constitucional brasileiro –, podem complementar a Constituição, desde que aprovados por dois terços dos membros do Parlamento Federal e dois terços dos votos do Conselho Federal.⁵⁸

Cançado Trindade, por sua vez, em contundente voto em separado no Caso Damião Ximenes Lopes, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, criticou duramente o referido parágrafo:

Esta nova disposição busca outorgar, de forma bisonha, status constitucional, no âmbito do direito interno brasileiro, tão só aos tratados de direitos

⁵⁸ Artigo 79 [Emendas à Lei Fundamental]

1 . A Lei Fundamental só poderá ser emendada por uma lei que altere ou complemente expressamente o seu texto. Em matéria de tratados internacionais que tenham por objeto regular a paz, prepará-la ou abolir um regime de ocupação, ou que objetivem promover a defesa da República Federal da Alemanha, será suficiente, para esclarecer que as disposições da Lei Fundamental não se opõem à conclusão e à entrada em vigor de tais tratados, complementar, e tão somente isso, o texto da Lei Fundamental.

2. Essas leis precisam ser aprovadas por dois terços dos membros do Parlamento Federal e dois terços dos votos do Conselho Federal.

humanos que sejam aprovados por maioria de 3/5 dos membros tanto da Câmara dos Deputados como do Senado Federal (passando assim a ser equivalentes a emendas constitucionais). Mal concebido, mal redigido e mal formulado, representa um lamentável retrocesso em relação ao modelo aberto consagrado pelo parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. [...] No tocante aos tratados anteriormente aprovados, cria um imbroglío tão a gosto de publicistas estatocêntricos, insensíveis às necessidades de proteção do ser humano; em relação aos tratados a aprovar, cria a possibilidade de uma diferenciação tão a gosto de publicistas autistas e míopes, tão pouco familiarizados, - assim como os parlamentares que lhes dão ouvidos, - com as conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Este retrocesso provinciano põe em risco a interrelação ou indivisibilidade dos direitos protegidos no Estado demandado (previstos nos tratados que o vinculam), ameaçando-os de fragmentação ou atomização, em favor dos excessos de um formalismo e hermetismo jurídicos eivados de obscurantismo. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006, p.10)

Não obstante ter tido o art. 5º, §3º, da Constituição um aparente bom propósito, o certo é que se trata de dispositivo incongruente. Se a sua intenção foi colocar termo às controvérsias (doutrinárias e jurisprudenciais) sobre o nível hierárquico dos tratados de direitos humanos no Brasil, parece que a tal desiderato não conseguiu chegar. Uma alteração no texto constitucional que pretendesse se alinhar aos fundamentos do Estado (art. 1º da CRFB/88), deveria ter sido elaborada não como um dispositivo visando a hierarquização dos tratados de direitos humanos, como fez a EC n.45, mas sim com o intuito de reforçar o significado do §2º do art. 5º.⁵⁹

Tal como foi feita, a alteração do texto constitucional, que pretensamente buscava pôr termo ao debate quanto ao status dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro, nas palavras de Valerio Mazzuoli (2015, p. 919), “é um exemplo claro da falta de compreensão e de interesse (e, sobretudo, de boa-vontade) do nosso legislador relativamente às conquistas já alcançadas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos nessa seara”. Conforme apontou Cançado Trindade (2007, p. 209):

Os triunfalistas da recente Emenda Constitucional nº 45/2004, não se dão conta de que, do prisma do Direito Internacional, um tratado ratificado por um Estado o vincula ipso jure, aplicando-se de imediato, quer tenha ele previamente obtido aprovação parlamentar por maioria simples ou qualificada. Tais providências de ordem interna - ou, ainda menos, de ordem corporis, - são simples fotos do ponto de vista do ordenamento jurídico internacional, ou seja, são, do ponto de vista jurídico internacional,

⁵⁹ Valerio Mazzuoli, em sua obra *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira*, chegou a sugerir uma redação ideal para o §3º como sendo: Os tratados internacionais referidos pelo parágrafo anterior, uma vez ratificados, incorporam-se automaticamente na ordem interna brasileira com hierarquia constitucional, prevalecendo, no que forem suas disposições mais benéficas ao ser humano, às normas estabelecidas por esta Constituição. (2002, p.348)

inteiramente irrelevantes. A responsabilidade internacional do Estado por violações comprovadas de direitos humanos permanece intangível, independentemente dos malabarismos pseudo-jurídicos de certos publicistas (como a criação de distintas modalidades de prévia aprovação parlamentar de determinados tratados, a previsão de pré-requisitos para a aplicabilidade direta de tratados no Direito interno, dentre outros), que nada mais fazem do que oferecer subterfúgios vazios aos Estados para tentar evadir-se de seus compromissos de proteção do ser humano no âmbito do contencioso internacional dos direitos humanos.

Como se percebe, o legislador brasileiro que concebeu o §3º do art. 5º, além de demonstrar total desconhecimento dos princípios do contemporâneo direito internacional público, notadamente das regras basilares da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em especial aquelas relativas a *jus cogens*, trouxe consigo o arraigado ranço da noção de soberania absolutista. A redação do dispositivo induz à conclusão de que apenas as convenções aprovadas pela maioria qualificada que estabelece teriam valor hierárquico de norma constitucional, o que traz a possibilidade de alguns tratados, relativamente a esta matéria, serem aprovados sem este quórum, passando a ter (aparentemente) valor de norma infraconstitucional, ou seja, de mera lei ordinária.

Como o texto do §3º, ambíguo que é, não define quais tratados deverão ser assim aprovados, poderá ocorrer que determinados instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, aprovados por processo legislativo não qualificado, acabem por subordinar-se à legislação ordinária, quando de sua efetiva aplicação prática pelos juízes e tribunais nacionais, o que acarretaria a responsabilidade internacional do Estado brasileiro. Da redação do referido dispositivo, emerge, ainda, o problema de se saber se os tratados de direitos humanos ratificados anteriormente à entrada em vigor da EC n.45 – a exemplo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e tantos outros – perderiam o status de norma constitucional que aparentemente detinham em virtude do §2º do art. 5º da Constituição, caso agora não sejam aprovados, em nova votação, pelo quorum do §3º do mesmo art. 5º.

Flávia Piovesan (2012, p. 56) afasta categoricamente essa possibilidade afirmando que “desde logo, há que se afastar o entendimento segundo o qual, em face do §3º do art. 5º, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam obtido o quorum qualificado de três quintos”. A autora aponta ainda que os tratados de proteção dos direitos humanos

ratificados anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004 contaram com ampla maioria no Congresso Nacional, excedendo, inclusive, o quorum dos três quintos dos membros em cada Casa. Todavia, não foram aprovados por dois turnos de votação, mas em um turno em cada Casa, uma vez que inexistia previsão de dois turnos.

Conforme abordado anteriormente, por força do art. 5º, §2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quorum de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O quorum qualificado, nesse sentido, esta tão somente a reforçar tal natureza, adicionando um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a “constitucionalização formal” dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno. Na hermenêutica emancipatória dos direitos, há que imperar uma lógica material e não formal orientada por valores, a celebrar o valor fundamental de prevalência da dignidade humana. (PIOVESAN, 2012, p. 57)

Não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos já ratificados fossem recepcionados como lei federal, enquanto os demais adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude de seu quorum de aprovação. Ademais, como destaca Celso Lafer (2005, p. 16), o novo §3º do art. 5º pode ser considerado como uma lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias suscitadas pelo §2º do art. 5º e, “de acordo com a opinião doutrinária tradicional, uma lei interpretativa nada mais faz do que declarar o que preexiste, ao classificar a lei existente”.

Mais uma vez, corrobora-se o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente ao mencionando parágrafo, ou seja, anteriormente à EC n. 45, têm hierarquia constitucional, situando-se como normas material e formalmente constitucionais. Esse entendimento decorre, conforme explica Flávia Piovesan (2012, p. 58) de quatro argumentos: *a*) a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os §§2º e 3º do art. 5º; *b*) a lógica e racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos; *c*) a necessidade de evitar interpretações que apontem a agudos anacronismos da ordem jurídica; e *d*) a teoria geral da recepção do direito brasileiro.

A respeito do impacto do art. 5º, §3º, e alinhada às considerações apresentadas até aqui, destaca-se a decisão do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do RHC 18.799, tendo como relator o Ministro José Delgado:

- c) o § 3º do art. 5º da CF/88, acrescido pela EC nº 45, é taxativo ao enunciar que “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”. Ora, apesar de à época o referido Pacto ter sido aprovado com quorum de lei ordinária, é de se ressaltar que ele nunca foi revogado ou retirado do mundo jurídico, não obstante a sua rejeição decantada por decisões judiciais. De acordo com o citado § 3º, a Convenção continua em vigor, desta feita com força de emenda constitucional. A regra emanada pelo dispositivo em apreço é clara no sentido de que os tratados internacionais concernentes a direitos humanos nos quais o Brasil seja parte devem ser assimilados pela ordem jurídica do país como normas de hierarquia constitucional ;

- d) não se pode escantear que o § 1º supra determina, peremptoriamente, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Na espécie, devem ser aplicados, imediatamente, os tratados internacionais em que o Brasil seja parte;

- e) o Pacto de São José da Costa Rica foi resgatado pela nova disposição constitucional (art. 5º, § 3º), a qual possui eficácia retroativa; a tramitação de lei ordinária conferida à aprovação da mencionada Convenção, por meio do Decreto nº 678/92 não constituirá óbice formal de relevância superior ao conteúdo material do novo direito aclamado, não impedindo a sua retroatividade, por se tratar de acordo internacional pertinente a direitos humanos. (BRASIL, 2006, p.5)

Assim, todos os tratados de direitos humanos, incorporados antes ou depois da EC n.45, teriam estatuto constitucional, com base no art. 5º, §2º. Na acepção de Piovesan (2012), todos seriam materialmente constitucionais e, os tratados aprovados sob a forma do art. 5º, §3º, seriam material e formalmente constitucionais. André de Carvalho Ramos (2014, p. 391) afirma que, ter sido aprovado pelo rito especial do art. 5º, §3º, acarretaria duas consequências adicionais aos tratados de direitos humanos: a impossibilidade de denuncia, pois tais tratados seriam material e formalmente constitucionais; e a inclusão no rol de cláusulas pétreas, uma vez que não poderiam mais ser excluídos do ordenamento jurídico brasileiro.

O STF, contudo, adotou outro entendimento, estabelecendo a chamada teoria do duplo estatuto, como veremos a seguir.

4.4.1 O posicionamento atual do STF: a teoria do duplo estatuto dos tratados de direitos humanos

O art. 5º, §3º, da CRFB/88 motivou revisão do posicionamento do STF sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil. No julgamento do RE 466.343, simbolicamente também referente à prisão civil do depositário infiel, a maioria de votos dos Ministros sustentou novo patamar normativo para os tratados internacionais de direitos humanos. No entanto, a despeito de todo o exposto anteriormente no tocante à

natureza constitucional desses tratados, o posicionamento adotado pela Corte não foi no sentido de reconhecer a hierarquia constitucional.

A nova posição prevalecente no STF foi capitaneada pelo Ministro Gilmar Mendes, que, retomando a visão pioneira de Sepúlveda Pertence (em seu voto do HC 79.785/RJ), sustentou que os tratados internacionais de direitos humanos, que não forem aprovados pelo Congresso Nacional pelo rito especial do art. 5º, §3º, da CRFB/88, têm natureza supralegal: abaixo da Constituição, mas acima de toda e qualquer lei.

Já os tratados aprovados pelo Congresso pelo rito especial do §3º do art. 5º teriam status constitucional. Ficou estabelecida, portanto, a teoria do duplo estatuto⁶⁰ dos tratados de direitos humanos: natureza constitucional para os aprovados pelo rito do art. 5º, §3º; e natureza supralegal para todos os demais, quer sejam anteriores ou posteriores à Emenda Constitucional n.45/2004, que tenham sido aprovados pelo rito comum (maioria simples e turno único em cada Casa do Congresso).

O voto vencedor, proferido pelo Min. Gilmar Mendes, aponta expressamente como um de seus fundamentos a necessidade de manutenção do controle da constitucionalidade – essencialmente exercido pelo STF mesmo – desses diplomas internacionais.⁶¹ Nas palavras do Ministro: “a equiparação entre tratado e Constituição, portanto, esbarraria já na própria competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal para exercer o controle da regularidade formal e do conteúdo material desses diplomas internacionais em face da ordem constitucional nacional”. (BRASIL, 2009, p. 6)

E vai além, afirmando que o mais adequado seria a instituição de “uma espécie de *controle prévio*, o qual poderia impedir ou desaconselhar a ratificação do tratado de maneira a oferecer ao Poder Executivo a possibilidades de renegociação ou aceitação com reservas” (BRASIL, 2009, p. 7). Aparentemente desconsiderando a fase interna de aprovação dos tratados internacionais, que impõe a aprovação desses pelo Congresso Nacional, o Ministro propõe que esse controle seja exercido através de impugnação pela via da Ação Direta de Inconstitucionalidade, ou ainda, da Ação Declaratória de Constitucionalidade, em outras palavras, pelo Supremo Tribunal Federal.

Em argumentação loquaz, o Ministro afirma que “a discussão em torno do *status* constitucional dos tratados de direitos humanos foi, de certa forma, esvaziada

⁶⁰ Expressão adotado por André de Carvalho Ramos em sua obra *Curso de Direitos Humanos* (2014).

⁶¹ “É de ser considerada, no entanto, a dificuldade de adequação dessa tese à realidade de Estados que, como o Brasil, estão fundados em sistemas regidos pelo princípio da supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico. Entendimento diverso anularia a própria possibilidade de controle da constitucionalidade desses diplomas internacionais.” (BRASIL, 2009, p. 5)

pela promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004”, pois não seria possível negar “que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico”. (BRASIL, 2009, p. 10-11)

Em seu voto vencedor, o Ministro Gilmar Mendes reconhece ainda que:

É preciso ponderar, no entanto, se, no contexto atual, em que se pode observar a abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos, essa jurisprudência não teria se tornado completamente defasada.

Não se pode perder de vista que, hoje, vivemos em um “Estado Constitucional Cooperativo”, identificado pelo Professor Peter Häberle como aquele que não mais se apresenta como um Estado Constitucional voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais.

[...]

Nesse contexto, mesmo conscientes de que os motivos que conduzem à concepção de um Estado Constitucional Cooperativo são complexos, é preciso reconhecer os aspectos sociológico-econômico e ideal moral como os mais evidentes. E no que se refere ao aspecto ideal-moral, não se pode deixar de considerar a proteção aos direitos humanos como a fórmula mais concreta de que dispõe o sistema constitucional, a exigir dos atores da vida sócio-política do Estado uma contribuição positiva para a máxima eficácia das normas das Constituições modernas que protegem a cooperação internacional amistosa como princípio vetor das relações entre os Estados Nacionais e a proteção dos direitos humanos como corolário da própria garantia da dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 2009, p. 14-16)

É importante notar que o próprio Ministro admite que “a mudança da forma pela qual tais direitos [humanos] são tratados pelo Estado brasileiro ainda ocorre de maneira lenta e gradual” e aponta como um dos fatores primordiais responsáveis por esse fato o “modo como se tem concebido o processo de incorporação de tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica interna”, concluindo que “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sem sombra de dúvidas, tem de ser revisitada criticamente”. (BRASIL, 2009, p. 19)

No entanto, a despeito de todas essas afirmações contundentes, o Ministro conclui, de maneira quase esquizofrênica, que:

parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição [...]. (BRASIL, 2009, p. 21)

A tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos não aprovados por maioria qualificada peca por desigualar tais instrumentos em detrimento daqueles internalizados pela dita maioria, criando uma duplicidade de regimes jurídicos imprópria para os atuais sistemas interno e internacional de proteção de direitos, uma vez que estabelece categorias de tratados que têm o mesmo fundamento ético. E esse fundamento ético lhes é atribuído não pelo Direito interno ou por qualquer poder do âmbito interno (v.g. o Legislativo), mas pela própria ordem internacional da qual tais tratados provêm. Ao criar as categorias dos tratados de nível constitucional e supralegal, a tese acabou por regular instrumentos iguais de maneira totalmente diferente, em franca oposição ao princípio constitucional da isonomia. Alocar certos tratados de direitos humanos abaixo da Constituição e outros no mesmo nível dela, dentre outras coisas, abre a possibilidade de se subverter toda a lógica convencional de proteção de tais direitos, a exemplo daquela situação em que um instrumento acessório teria equivalência de uma emenda constitucional, enquanto que o principal estaria em nível hierárquico inferior. (MAZZUOLI, 2015, p. 414)

Os tratados de direitos humanos, como observado anteriormente, ostentam o status de norma constitucional, independentemente do seu eventual quorum qualificado de aprovação e a tese da supralegalidade, que resulta exclusivamente de esforço criativo de determinados Ministros do STF, não se lhes pode ser aplicada. Apesar de sua natureza, a supralegalidade é aceita por parte da literatura especializada – exemplificada por Valerio Mazzuoli (2015) – desde que aplicada exclusivamente aos tratados comuns:

Sob esse ponto de vista - de que, em geral, os tratados internacionais têm superioridade hierárquica em relação às demais normas de estatura infraconstitucional, quer seja tal superioridade constitucional, como no caso dos tratados de direitos humanos, quer supralegal, como no caso dos demais tratados, chamados de comuns - é lícito concluir que a produção normativa estatal deve contar não somente com limites formais (ou procedimentais), senão também com dois limites verticais materiais, quais sejam: a) a Constituição e os tratados de direitos humanos (pois alçados ao nível constitucional); e b) os tratados internacionais comuns de estatura supralegal. (MAZZUOLI, 2015, p. 415)

Ao avançar no estudo do tema, merece menção o voto vista proferido pelo Ministro Celso de Mello também quando do julgamento do RE 466.343. Em suas razões, o Ministro acertadamente reconheceu que o Pacto de São José da Costa Rica constitui instrumento normativo destinado a desempenhar um papel de extremo relevo no âmbito do sistema interamericano de proteção aos direitos da pessoa humana, qualificando-se, sob tal perspectiva, como peça complementar no processo de tutela das

liberdades públicas fundamentais. Nesse sentido, entendeu que a tarefa do Supremo Tribunal Federal consistia em extrair a máxima eficácia dos ordenamentos interno e internacional a fim de “tornar possível o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs” (BRASIL, 2009b, p. 6).

Nas palavras do Ministro Celso de Mello:

Assiste, desse modo, ao Magistrado, o dever de atuar como instrumento da Constituição - e garante de sua supremacia - na defesa incondicional e na garantia real das liberdades fundamentais da pessoa humana, conferindo, ainda, efetividade aos direitos fundados em tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Essa é a missão socialmente mais importante e politicamente mais sensível que se impõe aos magistrados, em geral, e a esta Suprema Corte, em particular.

É dever dos órgãos do Poder Público - e notadamente dos juízes e Tribunais - respeitar e promover a efetivação dos direitos garantidos pelas Constituições dos Estados nacionais e assegurados pelas declarações internacionais, em ordem a permitir a prática de um constitucionalismo democrático aberto ao processo de crescente internacionalização dos direitos básicos da pessoa humana.

O respeito e a observância das liberdades públicas impõem-se ao Estado como obrigação indeclinável, que se justifica pela necessária submissão do Poder Público aos direitos fundamentais da pessoa humana.

[...]

Nesse sentido - e no contexto histórico-social em que se formaram -, as Declarações de Direitos representaram, sempre, um poderoso instrumento de tutela e de salvaguarda dos direitos e garantias individuais. Era-lhes subjacente a idéia de conter, mediante limitações jurídicas, a onipotência do próprio Estado.

[...]

Esta é uma verdade que se não pode desconhecer; a emergência das sociedades totalitárias está causalmente vinculada, de modo rígido e inseparável, à desconsideração da pessoa humana, enquanto valor fundante e condicionante, que é, da própria ordem político-jurídica do Estado. (BRASIL, 2009, p. 7-10) (sic)

Em seu voto, que não prevaleceu no âmbito do STF, o Ministro Celso de Mello reavaliou seu entendimento anterior sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos, sustentando que “uma abordagem hermenêutica fundada em premissas axiológicas que dão significativo realce e expressão ao valor ético-jurídico constitucionalmente consagrado (CF, art. 4º, II)” (BRASIL, 2009, p. 39) deveria conduzir à revisão do posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal quanto à influência e à eficácia das convenções internacionais sobre direitos humanos no plano doméstico e infraconstitucional do ordenamento positivo do Estado brasileiro. Sustentou o Ministro que era necessário reconhecer o “indiscutível primado que devem ostentar, sobre o

direito interno brasileiro, as convenções internacionais de direitos humanos” (BRASIL, 2009, p. 40).

Neste ponto, esclarecido o conteúdo do voto que, até os dias de hoje, representa o posicionamento do STF – qual seja, o voto proferido pelo ministro Gilmar Mendes que consolidou a tese da supralegalidade, estabelecendo o duplo estatuto dos tratados de direitos humanos no Brasil –, é importante mencionar o entendimento manifesto pela Corte Interamericana de Direitos Humanos quando da análise do caso *Almonacid Arellano e outros Vs. Chile* relativo à responsabilização do Estado chileno por mortes e desaparecimentos, mesmo após o implemento da lei de anistia adotada pelo país em 1978, no sentido de que:

Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que lhes obriga a zelar para que os efeitos dos dispositivos da Convenção não se vejam mitigados pela aplicação de leis contrárias a seu objeto, e que desde início carecem de efeitos jurídicos. [...] o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de ‘controle de convencionalidade das leis’ entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, interprete última da Convenção Americana. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006b, p. 52)

Nessa linha, o entendimento mais adequado provavelmente é o expressado por Flávia Piovesan (2012) no sentido de que, com o advento do §3º do art. 5º surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos, quais sejam, os materialmente constitucionais e os material e formalmente constitucionais. Todos os tratados internacionais de direitos humanos são, nesse sentido, materialmente constitucionais, por força do §2º do art. 5º e, para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do §3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal.

Diante do exposto, o que se tem é que o Supremo Tribunal Federal, comumente identificado como guardião da Constituição e garantidor da efetividade dos direitos fundamentais, diante da redação obscura do §3º do art. 5º, não adotou a interpretação que melhor atendia à proteção da pessoa humana; exerceu de maneira criativa suas atribuições, conferindo hierarquia inédita aos tratados de direitos humanos; e decidiu pela manutenção de sua ingerência na efetividade desses tratados do plano

interno. Tal posicionamento já foi analisado à exaustão pela literatura especializada sob a ótica do direito internacional, no entanto, parece que as reflexões de Giorgio Agamben, pontualmente apresentadas até aqui, podem fornecer novo prisma para sua compreensão, desnudando engrenagens profundamente enraizadas no direito e no Estado.

5 ESTADO DE EXCEÇÃO E O SUPREMO SOBERANO

Uma vez estabelecido o Estado de Direito, que traz consigo a premissa de que os diversos órgãos do Estado somente podem agir em razão de uma habilitação jurídica, convertendo-se o exercício do poder em competência definida pelo direito e, especialmente a partir da adoção de modelos constitucionais de Estado, emerge a pergunta relativa à titularidade da competência para proteção do texto constitucional.

Debruçando-se sobre tal questão, Carl Schmitt, em sua obra *Das Reichgerichts als Hüter de Verfassung*, originalmente publicada em 1929, questionava o papel do Judiciário como guardião da Constituição. Schmitt negava ao Judiciário tal atribuição, pois, segundo sua concepção, somente o Presidente do *Reich* teria legitimidade para desempenhar semelhante função. Hans Kelsen, ainda em 1931, respondeu diretamente ao artigo de Schmitt, ao publicar um ensaio intitulado *Quem deve ser o guardião da Constituição?*. Na ocasião, reafirmou a importância de um Tribunal Constitucional para uma democracia moderna, em franca defesa de uma de suas criações, a Corte Constitucional austríaca, instituída em 1920. (MENDES, 2007, p. 9-10)

Assim se manifestou quanto à proposta de Carl Schmitt de emprestar ao Presidente do *Reich* a legitimidade para guardar a Constituição, em detrimento da Corte Constitucional:

(...) para tornar possível a noção de que justamente o governo — e apenas ele — seria o natural guardião da Constituição, é preciso encobrir o caráter de sua função. Para tanto serve a conhecida doutrina: o monarca é — exclusivamente ou não — uma terceira instância, objetiva, situada acima do antagonismo (instaurado conscientemente pela Constituição) dos dois pólos de poder, e detentor de um poder neutro. Apenas sob esse pressuposto parece justificar-se a tese de que caberia a ele, e apenas a ele, cuidar que o exercício do poder não ultrapasse os limites estabelecidos na Constituição. Trata-se de uma ficção de notável audácia, se pensarmos que no arsenal do constitucionalismo desfila também outra doutrina segundo a qual o monarca seria de fato o único, porque supremo, órgão do exercício do poder estatal, sendo também, particularmente, detentor do poder legislativo: do monarca, não do parlamento, proviria a ordem para a lei, a representação popular apenas participaria da definição do conteúdo da lei. Como poderia o monarca, detentor de grande parcela ou mesmo de todo o poder do Estado, ser instância neutra em relação ao exercício de tal poder, e a única com vocação para o controle de sua constitucionalidade? (KELSEN, 2003, p. 241-242)

Já a crítica de Schmitt ao positivismo alemão tradicional, conforme explica Gilmar Ferreira Mendes na apresentação da obra *O Guardião da Constituição* (2007, p. 9-15), estava claramente ligada a uma rejeição muito mais ampla do autor em relação a toda uma estrutura estatal que ele fatalmente caracterizava como burguesa. Para um

pensador que tinha convicção de que todo o conceito de direito é fundamentalmente político, a pretensa neutralidade do positivismo da Teoria Pura de Kelsen não passava de um reflexo disfarçado dos ideais liberais na filosofia política e jurídica, visando garantir a segurança e liberdades burguesas perante o Estado. Segundo Schmitt, a criação ou o reconhecimento de um Tribunal Constitucional, por outro lado, transfere poderes de legislação para o Judiciário, politizando-o e desajustando o equilíbrio do sistema constitucional do Estado de Direito.

Apesar de sua crítica quanto à possibilidade de desequilíbrio do Estado de Direito ser absolutamente pertinente, o autor a direciona apenas à atuação do Judiciário, defendendo, portanto, que o guardião da constituição deve ser o presidente, estando a ele facultada a interpretação da Constituição. Nesse sentido, Schmitt comenta em *Legalidade e Legitimidade* (2007b) que:

De todos os lados, ouvem-se vozes defendendo enfaticamente – embora muitas vezes sejam apenas referências às normas constitucionais isoladas – que “a Constituição” deveria permanecer “inviolável”, deixando-se de lado sete direitos fundamentais (artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 125) que se encontram elencados no próprio art. 48 podem sofrer revogação. Salvo esse fato, não parece haver nada de estranho, apesar da “inviolabilidade da Constituição”, no fato de um legislador extraordinário com competências legiferantes entrar no sistema de legalidade da Constituição do Reich, sem que a qualidade de suas determinações precise ser, no âmbito do Estado de Direito, de alguma forma diferente das normas jurídicas criadas pelo legislador ordinário do Reich.

Com isso, teríamos então o terceiro legislador extraordinário da Constituição de Weimar, o legislador do art. 48, § 2º. Ele não é um legislador extraordinário do tipo *ratione materiae* como o constituinte que dispõe de normas constitucionais jurídico-materiais, nem um legislador extraordinário do tipo *ratione supremitatis* como o povo que toma suas próprias decisões de maneira direta, mas sim um legislador extraordinário do tipo, se permitem assim chama-lo, *ratione temporis ac situationis*. Nesse tipo de legislador extraordinário, vem à tona, por intermédio de todas as ficções e camuflagens normativas, a verdade jurisprudencial simples, segundo a qual normas somente valem para situações normais, e a normalidade pressuposta da situação é um elemento jurídico-positivo de sua “válida”.

Vê-se, portanto, que Schmitt admite a existência, no Estado constitucional, de um legislador extraordinário temporário em caso de situações peculiares, sendo certo que os limites de atuação desse legislador não são as normas que vigoram cotidianamente, uma vez que essas somente teriam sentido fora das situações de excepcionalidade. A história do art. 48 da Constituição de Weimar, no entanto, é tão estreitamente entrelaçada com a história da Alemanha de entre as duas guerras, que não é possível compreender a ascensão de Hitler ao poder sem uma análise preliminar dos usos e abusos desse artigo nos anos que vão de 1919 a 1933. Os governos da República

fizeram uso continuado do art. 48, declarando o estado de exceção e promulgando decretos de urgência em mais 250 ocasiões; serviram-se dele particularmente para prender milhares de militantes comunistas e para instituir tribunais especiais habilitados a decretar condenações à pena de morte. Sabe-se que os últimos anos da República de Weimar transcorreram inteiramente em regime de estado de exceção; menos evidente é a constatação de que, provavelmente, Hitler não teria podido tomar o poder se o país não estivesse há quase três anos em regime de ditadura presidencial e se o Parlamento estivesse funcionando. (AGAMBEN, 2004, p. 28-29) Esse exemplo, mencionado por Agamben em sua obra, evidencia os extremos a que pode chegar a atuação do soberano a partir da abertura ao estado de exceção por meio do conceito de necessidade e da premissa de manutenção da ordem.

No Brasil, a dogmática constitucional tradicionalmente adota a concepção de Hans Kelsen identificando como do Judiciário em geral, e no Supremo Tribunal Federal em particular, a função de declarar o direito defendendo a constituição. No entanto, tal concepção não isenta o Estado brasileiro dos riscos inerentes ao desvirtuamento da Constituição com base em uma decisão daquele que lhe deveria garantir efetividade, mas que se torna, em grande medida, um legislador *ratione temporis ac situationis*. Em outras palavras, a despeito de adotar a concepção kelseniana de guardião da constituição, continuam sendo relevantes para o modelo brasileiro as críticas elaboradas por Schmitt no tocante à atuação desse guardião, acrescentando-se a elas a constatação relativa às situações que ensejariam o surgimento desse legislador especial. Isso porque, conforme visto anteriormente, “nenhuma tentativa de definir a necessidade consegue chegar a algum resultado” (AGAMBEN, 2004, p. 46), na medida em que “a necessidade, longe de apresentar-se como um dado objetivo, implica claramente um juízo subjetivo e que necessárias e excepcionais são, é evidente, apenas aquelas circunstâncias que são declaradas como tais” (AGAMBEN, 2004, p. 46).

Nesse sentido, é relevante retomar o conceito de razão de Estado, trabalhado no segundo capítulo, para apontar sua intrínseca relação com o surgimento das noções de lei fundamental e soberania. Enquanto a lei fundamental pode ser facilmente compreendida como a Constituição ou ainda como um conjunto de valores que seriam superiores inclusive ao texto constitucional, como ocorre no caso dos direitos humanos, a questão do exercício da soberania revela-se muito mais nebulosa. A razão de Estado é a máxima do agir político que determina o que deve ser feito para manter o Estado; é o imperativo em nome do qual o poder se autoriza transgredir o direito pelo interesse

público. O objetivo da razão de Estado é mitigar a legislação vigente, adaptando-a a partir de circunstâncias concretas.

Os conceitos de necessidade e excepcionalidade, conforme sugeridos por Schmitt e empregados na teoria do sistema constitucional das crises, surgem neste ponto para amparar decisões derogatórias de direito comum por uma autoridade constituída. É importante lembrar que, conforme aponta Agamben (2004) e Pallieri (1972), a natureza da necessidade que os autores insistem, mais ou menos conscientemente, a pensar como uma situação objetiva, é na realidade iminente subjetiva. Isso porque, o conceito de necessidade implica necessariamente um juízo subjetivo, sendo necessárias e excepcionais apenas aquelas circunstâncias declaradas como tais pelos indivíduos ou órgãos considerados legítimos para tanto. Para além do subjetivismo, conforme aponta Gilberto Bercovici (2013, p. 53), há ainda uma tendência de a emergência pública, o *casus necessitatis* ir, aos poucos, se tornando permanente e, assim, o conceito de *necessitas* vai tendo seu sentido alterado, passando da defesa e guerra para as necessidades ordinárias, tornando-se *perpetua necessitas* ou *necessitas in habitu*.

A partir desse cenário, surge o estado de exceção, nos moldes denunciados por Giorgio Agamben, ou seja, para além das fronteiras do sistema constitucional das crises, e também a figura do soberano, conforme definição schmittiana adotada por Agamben, como aquele apto a decidir sobre a necessidade de suspensão da norma para manutenção da ordem jurídica.

O estado de exceção caracteriza-se precisamente pela suspensão autorizada da ordem jurídica a fim de garantir a manutenção da ordem e do Estado. Pode ser considerado, portanto, como medida ilegal, mas absolutamente jurídica e revestida de constitucionalidade. Conforme definido por Agamben (2004), a criação voluntária de um estado de emergência permanente – embora, não raro, não declarado no sentido técnico – se tornou umas das práticas essenciais de manutenção e atuação dos Estados contemporâneos, inclusive daqueles denominados democráticos. Isso porque a manutenção de um estado de exceção permanente colabora com interesses individuais de conservação das condições de poder político.

Conforme explica Agamben (2004, p. 39), “na realidade, o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem mas se indeterminam”. Nesse sentido, a suspensão da norma não significa sua

abolição e a zona de anomia por ela instaurada não pretende ser destituída de relação com a ordem jurídica. A finalidade do estado de exceção, considerada sua intrínseca relação com a ideia de necessidade e de preservação de uma ordem jurídica, não parece ser o combate a uma situação excepcional, mas o fortalecimento do poder do soberano que, além de decidir sobre a existência da necessidade, decide também sobre as medidas apropriadas a serem adotadas.

O paradoxo da soberania se anuncia, conforme apontado por Agamben (2002), na seguinte colocação: o soberano está ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico. Nas palavras do autor, “se o soberano é, de fato, aquele no qual o ordenamento jurídico reconhece o poder de proclamar o estado de exceção e suspender, deste modo, a validade do ordenamento, então ele permanece fora do ordenamento jurídico e, todavia, pertence a este (...)” (AGAMBEN, 2002, p. 23). Nesse sentido, a soberania assinala o limite, compreendido tanto no sentido de fim como de princípio, do ordenamento jurídico. Schmitt (1992) evidencia a articulação do soberano com a exceção a partir de uma decisão:

A exceção é aquilo que não se pode reportar; ela subtrai-se à hipótese geral, mas ao mesmo tempo torna evidente com absoluta pureza um elemento formal especificamente jurídico: a decisão. Na sua forma absoluta, o caso de exceção se verifica somente quando se deve criar a situação na qual possam ter eficácia normas jurídicas. Toda norma geral requer uma estruturação normal das relações de vida, sobre as quais ela deve encontrar de fato aplicação e que ela submete à própria regulamentação normativa. A norma necessita de uma situação média homogênea. Esta normalidade de fato não é um simples pressuposto que o jurista pode ignorar; ela diz respeito, aliás, diretamente à sua eficácia imanente. Não existe nenhuma norma que seja aplicável aos caos. Primeiro se deve estabelecer a ordem: só então faz sentido o ordenamento jurídico. É preciso criar uma situação normal, e soberano é aquele que decide de modo definitivo se este estado de normalidade reina de fato. Todo direito é “direito aplicável a uma situação”. O soberano cria e garante a situação como um todo na sua integridade. **Ele tem o monopólio da decisão última. Nisto reside a essência da soberania estatal, que, portanto, não deve ser propriamente definida como monopólio da sanção ou do poder, mas como monopólio da decisão [...]. [...]** Aqui a decisão se distingue da norma jurídica e (para formular um paradoxo) a autoridade demonstra que não necessita do direito para criar o direito. (SCHMITT, 1992, p. 39-41 *apud* AGAMBEN, 2002, p. 24) (grifo nosso)

A partir dessa referência ao monopólio da decisão última, pode-se passar à análise do papel singular desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito brasileiro, notadamente no que se refere à efetividade dos tratados internacionais. Desde sua origem, o STF, que foi concebido pelo Governo Provisório republicano, foi instituído com a finalidade de ser uma instituição que deveria garantir a República, mesmo contra eventuais maiorias parlamentares que apoiassem o retorno à Monarquia

(CARVALHO, 2010, p. 1315 e ss.). Isto é, a função originária do Supremo Tribunal Federal era a manutenção do regime político e da ordem jurídica vigente. Kildare Gonçalves Carvalho (2010, p. 1357) aponta que “o texto constitucional de 1988 conferiu ao Supremo Tribunal Federal a função precípua de guarda da Constituição” e nesse sentido, Oscar Velhena Vieira aponta que:

[as mudanças trazidas pela CRFB/88] na esfera da jurisdição constitucional, tiveram um forte impacto sobre o papel do Supremo Tribunal Federal no sistema político brasileiro. A ampliação do acesso, o estabelecimento de novas competências, somada à própria extensão do direito constitucional sobre campos antes reservados ao direito ordinário, transformaram o Supremo Tribunal Federal numa importante e cada vez mais demandada **arena de solução de conflitos políticos**, colocando-o numa **posição central em nosso sistema constitucional**. (VIEIRA, 2002, p. 217) (grifo nosso)

Quanto ao papel político do Supremo Tribunal Federal, Aliomar Baleeiro (1968, p. 103) afirma que:

O Supremo carrega por precípua missão a de fazer prevalecer a filosofia política da Constituição Federal sobre todos os desvios que o Congresso e o Presidente da República, Estados, Municípios e particulares se tresmalhem, quer por leis sancionadas ou promulgadas quer pela execução delas ou pelos atos naquela área indefinida do discricionarismo facultado, dentro de certos limites, a ambos aqueles Poderes. **O traçado desses limites, quer quanto ao legislador quer quanto ao executor, nunca foi, não é, nem será nunca uma linha firme, clara e inconfundível. Há uma terra de ninguém nesta faixa de fronteira. Teoricamente, essas linhas jazem na Constituição. Mas como a lei é a obra de expressão do pensamento, ela padece de lacunas, antinomias e obscuridades, como os de qualquer outro país em qualquer época.** E a ação do tempo, envelhecendo dispositivos ou desafiando o alcance de outros, senão o próprio silêncio do texto, engendra os problemas que o Supremo Tribunal Federal há de enfrentar pelo futuro afora, à vezes como freio dos avanços temerários, outras vezes como acelerador das aspirações agudas e das reformas latentes. (grifo nosso)

Vê-se, portanto, que a função delegada ao Supremo Tribunal Federal, sob a ótica da dogmática constitucional moderna, está ligada não apenas à noção de guarda da Constituição, mas também à ideia de manutenção da ordem e do regime político em vigor, englobando inclusive a eventual revisão de atos do Executivo e do Legislativo. É possível conceber, nesse sentido, que é do STF o monopólio da decisão última a respeito da constitucionalidade (e conseqüente vigência) das normas em geral no ordenamento jurídico brasileiro, no entanto, o foco de estudo do presente trabalho não é a atuação do Supremo Tribunal Federal como um todo, mas, especificamente, seu posicionamento com relação aos tratados de direitos humanos.

Em *Estado de Exceção* (2004), Agamben cita alguns exemplos do que identifica como sintomas da aporia jurídico-política da perenização dos estados

excepcionais, dentre eles o Estado nazista e o *USA Patriot Act*, de 26 de outubro de 2001. Parece, no entanto, que se deve considerar, no âmbito brasileiro, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal com relação aos tratados de direitos humanos como mais um desses exemplos.

Conforme amplamente explorado no capítulo anterior, a dignidade da pessoa humana e a proteção dos direitos humanos, conquistada por meio de incessantes lutas históricas, são princípios elementares da ordem internacional e, também, princípios fundantes do Estado brasileiro, nos termos do art. 1º, inciso III, da CRFB/88. Nessa linha, a natureza constitucional dos tratados de direitos humanos decorre da interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional, bem como da redação dos parágrafos do art. 5º da CRFB/88.

No entanto, precisamente nos termos da denúncia formulada por Agamben (2002) com relação aos direitos humanos, no sentido de que a conceituação e efetividade desses estariam a depender de uma decisão, em geral ligada ao atendimento dos interesses do soberano, o Supremo Tribunal Federal firmou seu entendimento no sentido de estabelecer um duplo estatuto para tratados da mesma natureza. O entendimento manifesto no voto vencedor do RE 466.343 parece ilustrar a preocupação de Agamben (2002) com relação à existência de íntima conexão entre o Estado e o destino dos direitos humanos. Tal premissa implica que a vida – orgânica, natural – passa a ocupar o centro da política, e se torna a fiadora e o fundamento último da soberania. Em outras palavras, o fundamento da autoridade do soberano a partir do Estado moderno não está no homem como sujeito político livre e consciente, mas a sua vida nua.

Ao comentar sobre a inserção da vida nua nos campos jurídico e político Agamben (2002, p. 138) comenta que “uma vez que a impolítica vida natural ultrapassa os limites do *oikos* e penetra sempre mais profundamente na cidade, ela se transforma ao mesmo tempo em uma linha em movimento que deve ser incessantemente redesenhada”. Não por acaso, tal expressão nos remete ao comentário de Aliomar Balleiro (1968) acerca da atribuição do STF como sendo a de definir os limites para o Legislativo e o Executivo, uma vez que esses não são na Constituição “linha firme, clara e inconfundível”.

Ao decidir por negar a constitucionalidade dos tratados de direitos humanos, o que cria hierarquia intermediária anteriormente inexistente, o Supremo Tribunal Federal está a capturar a vida nua, apropriando-se do conceito de direitos humanos. E, sob o argumento de necessidade de manutenção da ordem vigente, instituir verdadeiro estado de exceção, na medida em que deixa de conferir aplicabilidade imediata e hierarquicamente superior a direitos erigidos ao status constitucional pela própria CRFB/88, sob o pretexto de manutenção da possibilidade de controle de constitucionalidade e da necessidade de preservação do próprio texto constitucional.

Conforme visto nos capítulos anteriores, não faltam vozes que manifestem discordância com relação à interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal ao texto constitucional, no entanto, a última palavra é do STF. Como detentora do monopólio da decisão final, a Corte está habilitada a se pronunciar a respeito da existência de necessidade de proteção do texto constitucional em face dos tratados internacionais sobre direitos humanos, bem como a respeito da necessidade de manutenção da possibilidade de controle de constitucionalidade sobre eles. E, de fato, esse foi um dos fundamentos do voto vencedor do RE 466.343, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes.⁶²

Nesse contexto, a necessidade de ingerência do Supremo Tribunal Federal é entendida por ele mesmo como permanente e, revestida de constitucionalidade (pretensão de vinculação à ordem jurídica), reforça o poder atribuído à Corte. Se a lei fundamental é a Constituição, a soberania é o monopólio da decisão final, inclusive sobre a aplicabilidade do texto constitucional. Nesse sentido, parece emergir a identidade de soberano, conforme definição schmittiana, do Supremo Tribunal Federal, sendo interessante retornar ao paradoxo da soberania, conforme colocado por Agamben (2002) – o soberano está ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico –, para verificar que, precisamente em razão da existência dessa incongruência e do papel do STF de guardião da CRFB/88, retornamos à questão elementar colocada por Platão em *A República*: quem guarda o guardião?

O Supremo Tribunal Federal adota concepção que já deveria ter sido superada, especialmente em matéria de direitos humanos, no sentido de dar prevalência absoluta ao direito interno, independentemente dos compromissos internacionais firmados. A

⁶² “a equiparação entre tratado e Constituição, portanto, esbarraria já na própria competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal para exercer o controle da regularidade formal e do conteúdo material desses diplomas internacionais em face da ordem constitucional nacional”. (BRASIL, 2009, p. 6)

ideia de possibilidade de flexibilização de um compromisso formalmente assumido está, na obra de Giorgio Agamben, associada à figura do juramento. Se o tratado em si é o meio pelo qual o direito é materializado, o compromisso de um Estado através da assinatura e ratificação equivaleria, nesse contexto, ao juramento, mecanismo acessório, destinado à garantia do direito. Isso porque, o fim último do juramento é apoiar e garantir a verdade e a eficácia da linguagem.

Nesse sentido, conforme apontado por Agamben (2011), o juramento se torna essencial diante da natureza “infidel” dos seres humanos que a ele recorrem para obter confiança. Os tratados de direitos humanos, em decorrência da interpretação das cortes internacionais e da leitura do próprio texto da Constituição da República Federativa do Brasil, não apenas poderiam ser reivindicados de imediato – independente de processos de internalização – como possuem status de norma constitucional e deveriam pautar a atuação de todas as esferas que compõem o Estado que com eles se comprometeu. Paralelamente, temos que o juramento não tem conteúdo próprio, é um ritual de garantia para uma obrigação previamente existente. Conforme explica Agamben (2011, p. 13), os juramentos em si não produzem nova e singular obrigação, mas sobrevêm como um vínculo secundário a uma obrigação válida em si. Assim, fica colocada em horizontes mais definidos a análise ora pretendida, pois a obrigação do Estado brasileiro não decorre do juramento, mas da validade constitucionalmente conferida aos tratados internacionais sobre direitos humanos.

Ao adotar o posicionamento vigente, o Supremo Tribunal Federal está a interpretar a celebração de tratados internacionais em matéria de direitos humanos como juramento, ou seja, como instrumento do qual se valerá o Estado para obter a confiança da sociedade internacional e mesmo de seus cidadãos, não implicando o mesmo, no entanto, na impossibilidade de descumprimento do compromisso assumido. Visto que, a ineficácia do juramento para evitar a mentira, bem como a ineficiência dos procedimentos para vinculação do ente ou indivíduo à sua palavra foram identificadas por Agamben (2011) desde sua origem. Enquanto ferramenta destinada à garantia não apenas de uma promessa ou da veracidade de uma afirmação, mas também da linguagem, o juramento se mostra insuficiente para a tarefa de transformar intenções em linguagem e, por sua vez, a linguagem em prática.

A consciência daquele que jura acerca dessa ineficiência, leva ao surgimento da chamada “arte do juramento”, consubstanciada no problema dos artifícios e manobras para que compromissos assumidos sejam flexibilizados, sendo também parte

inerente da lógica que permeia a celebração desses compromissos. Em outras palavras, já se assume o compromisso estabelecendo a brecha necessária para seu descumprimento, que, no caso em análise, ficara a critério do soberano. No cenário dos tratados internacionais de direitos humanos, conforme interpretados pelo STF, o compromisso internacional vem sendo entendido como passível de flexibilização a partir da submissão das convenções não apenas ao texto da Constituição, mas ao controle de constitucionalidade exercido pela Corte.

A atuação do Supremo Tribunal Federal como soberano desnuda-se a partir da compreensão de que a confiança depositada na autoridade é que faz legítimas todas as decisões por ela proferidas, mesmo aquelas que poderiam ser equiparadas ao perjúrio. Em outras palavras, a fé (*fides*) depositada no STF, como guardião da constituição, deixa-nos todos abandonados confiavelmente a ele, especialmente a partir da compreensão, por parte da Corte, dos compromissos internacionais como juramentos. Aquele que detém a *fides* nele colocada por um homem mantém tal homem em seu poder (AGAMBEN, 2011, p. 34) e essa é talvez a hipérbole da vida nua capturada.

O objetivo do juramento seria manter a estabilidade das instituições e o *status quo* vigente. Em grande medida é essa também a finalidade do estado de exceção, sendo certo, no entanto, que a operacionalização dessa salvaguarda destinada à manutenção do estado das coisas está em grande medida maculada pela sua íntima relação com conceitos genéricos que dependem caso a caso da interpretação de um soberano. Na situação em estudo, a interpretação concernente à necessidade de manutenção da supremacia constitucional em face dos tratados sobre direitos humanos, afim de preservar a ordem e o regime jurídico, a despeito do texto da própria Constituição da República Federativa do Brasil, foi do Supremo Tribunal Federal, aquele comumente compreendido pela doutrina constitucionalista como guardião da Constituição e, nessa condição, destinatário da *fides*.

Ainda nesse sentido, e tendo em vista a reflexão de Giorgio Agamben acerca da articulação do estado de exceção permanente com a manutenção de poder do soberano, é de se pensar que o juramento, na realidade, não se presta a garantir o cumprimento de um compromisso assumido com terceiros, mas, antes, à subsistência do estado de exceção, já que o juramento só é necessário diante da desde sempre presente possibilidade de desconsideração da norma à qual se aderiu. Nesse sentido, a manutenção dos compromissos internacionais, uma vez adotado o entendimento atual, acaba por reforçar o papel do Supremo Tribunal Federal, na medida em que sempre será

possível sua atuação em sede de controle e, não ocorrendo tal hipótese, prevalecerá sua interpretação da CRFB/88 em detrimento daquela que ofereceria melhor proteção à dignidade da pessoa humana.

Diante do exposto, parece razoável compreender o posicionamento do Supremo Tribunal Federal com relação a tratados de direitos humanos nos moldes do que Giorgio Agamben define como sendo práticas típicas de situações excepcionais, sendo cabível a comparação do compromisso do Estado brasileiro com esses documentos ao instituto do juramento a partir da atuação do STF como soberano.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao se falar em estado de exceção, a concepção tradicional aponta para o estudo da dogmática constitucional, especialmente do chamado sistema constitucional das crises. Toda a construção teórica relativa ao tema do sistema de legalidade especial está alicerçada no conceito jurídico contemporâneo de crise que, por sua vez, se conecta diretamente à ideia de necessidade e pode encontrar seu antecedente histórico no conceito de razão de Estado. Razão de Estado é a máxima do agir político, a lei motora do Estado, que determina o que deve ser feito para a manutenção desse e indica como o mesmo pode se desenvolver. Trata-se, portanto, da situação em que o Estado se encontra frente a ameaças, internas ou externas, ao seu poder que forçam o emprego de determinados meios de defesa e de ataque.

A partir da identificação das origens do termo razão de Estado, bem como de sua intrínseca relação com a compreensão do papel do próprio Estado enquanto um meio para efetivação de princípios fundamentais têm-se, em grande medida, o que ainda hoje sustenta a construção da teoria acerca do sistema constitucional das crises. Ao se definir a finalidade do Estado como sendo a segurança dos direitos individuais, da liberdade e conservação e aperfeiçoamento da vida social, chega-se ao conceito contemporâneo de crise. Crise seria toda situação capaz de romper com o equilíbrio institucional vigente, ameaçando o Estado e a ordem jurídica.

Em um Estado constitucional, quando a Constituição é subitamente confrontada com uma situação não prevista em seu texto, essa pode encontrar-se em condições de garantir sua própria eficácia. Surge assim, do ponto de vista da dogmática constitucional, a distinção entre situações de normalidade e situações de exceção, entre circunstâncias ordinárias e circunstâncias extraordinárias; surge o conceito de crise aplicado à Constituição. Vê-se, portanto, que o conceito atual de crise, sob o qual se desenvolvem as regulamentações de legalidade especial, esta fundado na ideia de necessidade, diante de uma ameaça à estabilidade e permanência do Estado e da ordem social e/ou jurídica. Essa necessidade justificaria a atuação do soberano fora dos limites formais da Constituição sob o pretexto de garantir sua própria eficácia.

Em outras palavras, as Constituições, com o objetivo maior de se defenderem frente a momentos que as põem em perigo em razão de situações excepcionais, ou de emergência, admitem, no próprio conteúdo, regulamentação jurídica que poderá ser utilizada temporariamente. O sistema constitucional das crises entendido como o conjunto de normas constitucionais estruturadas, ordenadas e coerentes, tendo como ponto comum as crises, é fundado, portanto, nos princípios da necessidade e da

temporariedade. Note-se, no entanto, que o fato das medidas de defesa do Estado serem ocasionadas por situações de exceção não previstas aprioristicamente, faz com que não seja possível determinar-lhes o regime a priori, devendo esse ser decidido, em cada caso, pelo órgão competente, também referido, a partir da obra de Schmitt, como soberano.

O núcleo das medidas relacionadas ao sistema constitucional das crises, uma vez que esse se destina à tutela e preservação do Estado de Direito e suas garantias inerentes, é a ideia de limitação dessas medidas pela Constituição, sendo essa entendida como a principal – ou mesmo a única – fonte de legitimidade. Em razão disso é que se conclui que o direito de necessidade não é um direito fora da Constituição, mas normativo e constitucionalmente conformado. Ocorre que, não raro, torna-se impossível evitar que as medidas excepcionais permaneçam prisioneiras de um círculo vicioso, no qual por um lado elas se justificam como essenciais à defesa das instituições democráticas e por outro são elas mesmas que conduzem à ruína destas mesmas instituições. Essa ameaça de transformação de uma medida provisória e excepcional em uma técnica de governo consiste, conforme denuncia Agamben em um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo.

Diante desse cenário, surge o estado de exceção, nos moldes da literatura constitucional, como sendo um desvio ou prolongamento dos estados de emergência regularmente previstos na Constituição. Em outras palavras, seria o mau emprego dos instrumentos relativos ao sistema constitucional das crises que conduziria a uma anomalia jurídica chamada estado de exceção, na qual aqueles no poder se valem dos estados emergenciais independente de configuradas as condições de fundo e adotam medidas não autorizadas pelo texto constitucional ou prolongam um estado (de defesa ou de sítio) além das circunstâncias específicas que o autorizaram.

Agamben, no entanto, define o estado de exceção como a forma legal daquilo que por natureza não pode ter forma legal e aponta, a partir de exemplos como o do Estado nazista, que esse vem se tornando uma das práticas essenciais de manutenção e atuação dos Estados contemporâneos, inclusive daqueles denominados democráticos. Denunciando a tendência de perenização do estado de exceção, independente da ocorrência das situações que poderiam ensejar a adoção de medidas constitucionais de emergência, o autor aponta que os conceitos comumente associados a tais medidas – estado de sítio, lei marcial, estado de defesa, etc – são inadequados para definição da

estrutura do fenômeno do estado de exceção que, por sua vez, não consiste em direito especial, mas em suspensão da própria ordem jurídica a partir da atuação do soberano.

A atuação do soberano, em tese, encontra guarida na teoria da necessidade. No entanto, para Agamben a aporia máxima contra a qual fracassa toda a referida teoria diz respeito à própria natureza da necessidade que, longe de se apresentar como um dado objetivo, implica um juízo subjetivo. Portanto, a tentativa de resolver o estado de exceção através do estado de necessidade se choca com múltiplas e graves aporias. Não só a necessidade se reduz, em última instância, a uma decisão como também aquilo sobre o que ela decide é, na verdade, algo impossível de ser decidido sob os pontos de vista fático e jurídico.

A partir das reflexões de Agamben acerca do estado de exceção, especialmente no que se refere à atuação do soberano, é possível começar a se pensar a relação entre direito interno e direito internacional no Brasil e, especialmente o papel do Supremo Tribunal Federal na definição do status conferido a esse último. Para além dos debates concernentes às teorias monista, dualista e do pluralismo constitucional, o que prevalece no Estado brasileiro em matéria de aplicação de tratados internacionais é o entendimento do STF.

Tratados e convenções internacionais são atos solenes, de natureza obrigatória, cuja conclusão requer a observância de uma série de formalidades rigorosamente distintas e sucessivas. Eles somente se completam após a realização de sucessivos atos jurídicos que vão se encadeando e se entrelaçando desde a sua celebração até a sua entrada em vigor. A conjugação das fases internacionais com as fases internas de celebração de atos internacionais faz nascer um procedimento complexo dos poderes da União, em que se agregam as vontades do Executivo e do Legislativo para a formalização do acordo. A participação desses dois órgãos federais é indispensável para formar a vontade da nação em relação ao que foi acordado internacionalmente e trata-se de tendência característica dos textos constitucionais contemporâneos.

A despeito do complexo processo de formalização de um acordo internacional, há mais de vinte anos, vigora na jurisprudência do STF o sistema paritário no que tange os tratados comuns. Nessa lógica, o tratado, uma vez formalizado, passa a ter força de lei ordinária podendo, por isso, revogar as disposições em contrário ou ser revogado diante de lei posterior. A principal crítica comumente dirigida a tal posicionamento diz respeito ao pouco caso que fez a Corte com relação ao problema da responsabilidade internacional do Estado brasileiro nos casos de descumprimento de tratado

internacional. Tal posicionamento afronta ainda o disposto pelo art. 27 da CVDT, que determina não poder o Estado-parte invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento de um compromisso internacional.

Outro ponto que merece menção diz respeito à questão da especialidade das leis no sistema jurídico brasileiro. Nesse viés, a prevalência de certas normas de direito interno sobre as de direito internacional decorre de primados do próprio STF, com base na especialidade das leis. Nesse sentido, uma lei geral não pode derrogar uma lei especial e, portanto, nem toda lei nova tem força para revogar uma lei anterior que com ela conflita. Assim, além do critério *lex posterior derogat priori*, o STF aplica ainda um outro, qual seja, o da *lex posteriori generalis non derogat legi priori speciali*, por meio do qual as leis internas infraconstitucionais têm prevalência sobre os tratados internacionais, por serem esses considerados normas também infraconstitucionais gerais, que por esse motivo, não estão aptas a revogar normas infraconstitucionais especiais.

Ademais, o STF vem entendendo que no Estado brasileiro não se aplicaria o princípio do efeito direto, também compreendido como princípio da aplicabilidade imediata de tratados e convenções internacionais. Assim, a CRFB/88, e não instrumentos normativos de caráter internacional, seria a fonte para apuração do iter procedimental pertinente à transposição, para o plano do direito interno de normas internacionais. Assim, a concepção tradicionalmente adotada pelo Supremo Tribunal Federal é a de que, no sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à CRFB/88.

Diante desse cenário, vislumbra-se a problemática da efetividade dos tratados internacionais no Estado brasileiro. Mesmo após concluídas todas as etapas internacionais de negociação e aprovação dos tratados – nas quais os representantes do Estado atuam como agentes que manifestam a soberania desse – a validade dos acordos fica condicionada a procedimentos, regulados com base no texto da CRFB/88, para incorporação da norma ao direito interno. E, além disso, as obrigações internacionais assumidas pelo Estado adquirem internamente, em razão do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, posição inferior à Constituição, estando, portanto, sujeitas ao controle de constitucionalidade.

Essa insegurança, gerada pela duplicidade de posicionamentos, pode ser abordada a partir da compreensão acerca da essência e da finalidade dos compromissos formalmente estabelecidos. Tal reflexão aparece na obra de Giorgio Agamben quando o

autor se propõe a investigar o instituto do juramento, que para ele situa-se como articulação entre religião, política e direito. O juramento é, tradicionalmente, um ato solene destinado a garantir a linguagem, no entanto, a despeito de sua finalidade primeira ser produzir confiança, tendo em vista a reflexão de Giorgio Agamben acerca da articulação do estado de exceção permanente com a manutenção de poder do soberano, é de se pensar que o juramento, na realidade, não se presta a garantir o cumprimento de um compromisso assumido com terceiros, mas, antes, à subsistência do estado de exceção, já que o juramento só é necessário diante da desde sempre presente possibilidade de desconsideração da norma à qual se aderiu.

Conforme apontado por Agamben, ao se considerar a natureza religiosa atrelada ao juramento parece que esse implica constitutivamente a possibilidade do perjúrio e ser destinado, paradoxalmente, não a impedir a mentira, e sim a combater o perjúrio. No entanto, o estudo do instituto revela sua ineficácia enquanto ferramenta destinada à garantia não apenas de uma promessa ou da veracidade de uma afirmação, mas também da linguagem. O juramento se mostra insuficiente para a tarefa de transformar intenções em linguagem e, por sua vez, a linguagem, em prática. Esse continua sendo o desafio da contemporaneidade com relação à eficácia do direito internacional: como transformar a linguagem dos compromissos em prática vinculante e imune ao “perjúrio”?

Associada ao juramento, surge a ideia de fé como fundamento da confiança que se deposita naquele que assume o compromisso. Deposita-se a confiança na autoridade, fazendo legítimas todas as decisões por ela proferidas, sem se considerar que essa mesma autoridade possa fazer uso do juramento como reforço dessa mística que a cerca. Aquele que detém a fides nele colocada por um homem mantém tal homem em seu poder. Tal situação se reflete no fundamento de validade atribuído ao direito internacional no âmbito interno e desnuda a relação cíclica entre autoridade e direito sendo impossível verificar a confiabilidade dos compromissos assumidos e decisões proferidas.

Para que se compreenda de maneira adequada a aplicação de tais compreensões à situação dos tratados de direitos humanos no Brasil, é necessário primeiro estabelecer o posicionamento privilegiado que tais direitos ocupam no ordenamento jurídico brasileiro. Na CRFB/88, a dignidade da pessoa humana se tornou o princípio fundante da ordem jurídica brasileira e a finalidade principal do Estado, devendo ser consideradas todas as consequências hermenêuticas que esse status jurídico confere ao princípio.

Assim sendo, os próprios fundamentos da República convergem para a proteção dos direitos humanos. Os objetivos da República Federativa do Brasil também se relacionam com a proteção dos direitos humanos, uma vez que são finalidades do Estado a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; e ainda a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Não é demais, nesse contexto, afirmar que a legitimidade do poder estatal tem como um de seus pressupostos a garantia da dignidade humana.

A abertura constitucional foi também baseada nos tratados internacionais. Outrossim, a CRFB/88 determina que o Brasil deve observar, nas suas relações internacionais, o princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, inciso II). Assim, ainda que não pela mera observância dos dispositivos constitucionais, mas também pela possibilidade de questionamento perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos e outros órgãos internacionais, não é mais possível se pensar em uma interpretação nacionalista dos direitos humanos no Brasil.

Ao escrever sobre a temática dos direitos humanos, Agamben aponta que não é por um fato a priori que se distingue o homem do animal, mas por uma decisão que em geral não é neutra, prestando-se, antes, ao atendimento dos interesses do soberano. As implicações de tal conclusão para os direitos humanos são significativas, pois, não apenas colocam em cheque uma de suas premissas elementares – de que basta a condição de ser pessoa humana para que todos possam vindicar seus direitos, tanto no plano interno como no contexto internacional –, mas também atinge o fundamento do direito internacional dos direitos humanos que seria a desvinculação, ainda que parcial, desses da figura do Estado ou de qualquer outra figura de autoridade soberana.

Aparentemente, o que o autor pretende é apontar a necessidade de se refletir sobre os fundamentos dos direitos humanos, a fim de que eventual defesa desses não seja maculada pela ingenuidade de se ignorar, conforme apontado anteriormente, a dimensão política do conceito. A denúncia de Agamben com relação aos direitos humanos relaciona-se estritamente com a teoria do estado de exceção permanente. Isso porque, em última análise, o que ele aponta é a apropriação por parte do soberano do conceito de direitos humanos, uma vez que, conforme estabelecido, a própria definição do que é humano advém de uma decisão. Dessa apropriação, decorreria a vinculação de tais direitos à figura do Estado, que, ante a captação da vida nua e a pretensão de

manutenção da ordem vigente, atua instituindo estados de exceção permanentes a fim assegurar sua soberania.

Precisamente nos moldes denunciados por Agamben, temos o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto a tratados de direitos humanos.

Após a edição da Constituição de 1988, parte da doutrina apoiou a tese de que os tratados de direitos humanos eram diferenciados dos demais em virtude da redação dos dois parágrafos originais do art.5º. O Supremo Tribunal Federal, contudo, interpretou restritivamente os referidos parágrafos, entendendo, por exemplo, que o §1º, se refere somente a aplicação interna dos direitos e garantias fundamentais, sem relação, portanto, com a necessidade ou não de decreto executivo na incorporação de tratados. Em virtude das controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais existentes até então no Brasil, e com o intuito de pôr fim às discussões relativas à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio, acrescentou-se um parágrafo subsequente ao §2º do art. 5º da Constituição, por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, com a seguinte redação: “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”.

A redação final do §3º, no entanto, não foi recebida com entusiasmo pelos defensores de direitos humanos, pois condicionou a hierarquia constitucional ao rito idêntico ao das emendas constitucionais, tornando-a, portanto, mais difícil; sugeriu a existência de dois tipos de tratados de direitos humanos no pós-Emenda; e nada mencionou quanto aos tratados anteriores à Emenda. Independente nas críticas cabíveis, a art. 5º, §3º, da CRFB/88 motivou revisão do posicionamento do STF sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil.

No julgamento do RE 466.343, simbolicamente também referente à prisão civil do depositário infiel, a maioria de votos dos Ministros sustentou novo patamar normativo para os tratados internacionais de direitos humanos. No entanto, da evidente natureza constitucional desses tratados, o posicionamento adotado pela Corte não foi no sentido de reconhecer a hierarquia constitucional. A nova posição prevalecte no STF foi capitaneada pelo Ministro Gilmar Mendes, que, retomando a visão pioneira de Sepúlveda Pertence (em seu voto do HC 79.785/RJ), sustentou que os tratados internacionais de direitos humanos, que não forem aprovados pelo Congresso Nacional pelo rito especial do art. 5º, §3º, da CRFB/88, têm natureza supralegal: abaixo da

Constituição, mas acima de toda e qualquer lei. Já os tratados aprovados pelo Congresso pelo rito especial do §3º do art. 5º teriam status constitucional. Ficou estabelecida, portanto, a teoria do duplo estatuto dos tratados de direitos humanos: natureza constitucional para os aprovados pelo rito do art. 5º, §3º; e natureza supralegal para todos os demais, quer sejam anteriores ou posteriores à Emenda Constitucional n.45/2004, que tenham sido aprovados pelo rito comum.

A tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos não aprovados por maioria qualificada peca por desigualar tais instrumentos em detrimento daqueles internalizados pela dita maioria, criando uma duplicidade de regimes jurídicos imprópria para os atuais sistemas interno e internacional de proteção de direitos, uma vez que estabelece categorias diversas entre tratados que têm o mesmo fundamento ético. Ao criar as categorias dos tratados de nível constitucional e supralegal, a tese acabou por regular instrumentos iguais de maneira totalmente diferente, em franca oposição ao princípio constitucional da isonomia. Alocar certos tratados de direitos humanos abaixo da Constituição e outros no mesmo nível dela, dentre outras coisas, abre a possibilidade de se subverter toda a lógica convencional de proteção de tais direitos.

Diante do exposto, o que se tem é que o Supremo Tribunal Federal, comumente identificado como guardião da Constituição e garantidor da efetividade dos direitos fundamentais, diante da redação obscura do §3º do art. 5º, não adotou a interpretação que melhor atendia à proteção da pessoa humana; exerceu de maneira criativa suas atribuições, conferindo hierarquia inédita aos tratados de direitos humanos; e decidiu pela manutenção de sua ingerência na efetividade desses tratados do plano interno.

Tal posicionamento da Corte parece guardar relação com o conceito de soberania (monopólio da decisão final), conforme definição associada à fundamentação da razão de Estado e da própria definição de estado de exceção. É possível conceber, nesse sentido, que é do STF o monopólio da decisão última a respeito da constitucionalidade (e conseqüente vigência) das normas em geral no ordenamento jurídico brasileiro. Especificamente com relação aos tratados sobre direitos humanos, o entendimento manifesto no voto vencedor do RE 466.343 parece ilustrar a preocupação de Agamben (2002) com relação à existência de íntima conexão entre o Estado e o destino dos direitos humanos.

Ao decidir por negar a constitucionalidade dos tratados de direitos humanos, o que cria hierarquia intermediária anteriormente inexistente, o Supremo Tribunal Federal está a capturar a vida nua, apropriando-se do conceito de direitos humanos. E, sob o argumento de necessidade de manutenção da ordem vigente, instituir verdadeiro estado de exceção, na medida em que deixa de conferir aplicabilidade imediata e hierarquicamente superior a direitos erigidos ao status constitucional pela própria CRFB/88, sob o pretexto de manutenção da possibilidade de controle de constitucionalidade e da necessidade de preservação do próprio texto constitucional.

Nesse contexto, o presente estudo que se revela muito mais como um compêndio de reflexões iniciais sobre o tema do que como um fechamento definitivo a respeito do problema em análise, conclui, a partir da articulação entre conceitos e reflexões da dogmática constitucional e do chamado projeto *Homo Sacer*, pela possibilidade de se compreender o posicionamento do Supremo Tribunal Federal com relação a tratados de direitos humanos nos moldes do que Giorgio Agamben define como sendo práticas típicas de situações excepcionais, sendo cabível a comparação do compromisso do Estado brasileiro com esses documentos ao instituto do juramento a partir da atuação do STF como soberano.

REFERÊNCIAS

- ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. **Sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno**. Estudios constitucionales, Santiago, v. 14, n. 1, p. 15-60, jul. 2016. Disponível em: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002016000100002&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 20 de dezembro de 2018.
- ADVERSE, Helton. **Decisionismo**. In: Leonardo Avritzer; Newton Bignotto; Fernando Filgueiras; Juarez Guimarães; e Heloisa Starling (Org.). Dimensões políticas da justiça. 1ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileiro, 2013, p. 77-84.
- AGAMENON, Giorgio. **O Aberto: o homem e o animal**. Tradução: Pedro Mendes. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.
- AGAMENON, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.
- AGAMENON, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.
- AGAMENON, Giorgio. **Meios sem fim: notas sobre a política**. Tradução: Davi Pessoa Carneiro. Belo Horizonte: Autêntica, 2015.
- AGAMENON, Giorgio. **O sacramento da linguagem: Arqueologia do juramento (Homo sacer II, 3)**. Tradução: Selvino José Assmann. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011.
- AGAMENON, Giorgio. **Por uma Teoria do Poder Destituente**. Atenas, 2013. Disponível em: <<https://jornalggn.com.br/node/1323458>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2018.
- AGAMENON, Giorgio. **Entrevista com Giorgio Agamben**. Entrevistadora: Flávia Costa. Revista do Departamento de Psicologia, vol. 18, n. 1. Niterói: Universidade Federal Fluminense, 2006.
- ALVES, Jose Augusto Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 1994.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Bauru, SP: Edipro, 2002.
- ARISTÓTELES. **Política: texto integral**. São Paulo: M. Claret, 2002.
- ARGENTINA. **Constituição (1853)**. Constitución de la Confereración Argentina. Santa Fe: 1853. Disponível em: <<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ar/ar147es.pdf>>. Acesso em: 06 de novembro de 2017.

ARGENTINA. **Constituição** (1994). Constitución de la Nacion Argentina. Santa Fe: 1994. Disponível em:
<<http://secgral.unsl.edu.ar/docs/Constitucion%20de%20la%20Nacion%20Argentina.pdf>>. Acesso em: 06 de novembro de 2017.

ÁVILA, F. **Direito e Direitos Humanos: Abordagem Histórico-Filosófica e Conceitual**. Curitiba: Appris, 2014.

ÁVILA, F. **Fronteiras dos Direitos Humanos: Abordagens sobre conceitos materiais e (In)Efetividade ante ao soberano Poder Estatal**. In: Antonio Hilario Aguilera Urquiza. (Org.). *Fronteira dos Direitos Humanos: Direitos Humanos na Fronteira*. 1ed. Campo Grande: UFMS, 2016, p. 27-40.

ÁVILA, F; MONTI, Laura Campolina. **Responsabilidade internacional do estado brasileiro frente ao desrespeito a direitos humanos em face da Convenção de Viena de Direito dos Tratados de 1969**. In: XXI Congresso Nacional do CONPEDI/UFF. 2012, Niterói. *Direito internacional dos direitos humanos*. Niterói: CONPEDI, 2012, p. 295-324.

BALEEIRO, Aliomar. **1891**. 3ª ed. Coleção Constituições Brasileiras, v. 2. Brasília: Senado Federal, 2012.

BALEEIRO, Aliomar. **1946**. 3ª ed. Coleção Constituições Brasileiras, v. 5. Brasília: Senado Federal, 2012.

BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense , 1968.

BENVENISTE, Emile. **Le vocabulaire des institutions indo-europeennes**. Paris [França]: Editions de Minuit, 1969.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para um critica do constitucionalismo**. 2ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BODIN, Jean. **Os seis livros da República**. 1.ed. São Paulo: Ícone Editora Ltda, 2011.

BOGDANDY, Armin Von. **Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law**. *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 6, Issue 3-4, 1 July 2008. Disponível em:
<<https://academic.oup.com/icon/article/6/3-4/397/654420>>. Acesso em: 17 de dezembro de 2017.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988. Disponível em:
<http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_29.03.2012/index.shtml>. Acesso em: 21 de março de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo: **ADIn 1.480/DF**. Relator Ministro Celso de Mello. Diário de Justiça, Brasília, 13 mai. 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo: **RE 80.004/SE**. Relator Ministro Xavier de Albuquerque. Diário de Justiça, Brasília, 19 de dezembro de 1977.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo: **HC 72.131**. Relator Ministro Marco Aurélio. Diário de Justiça, Brasília, 1º de agosto de 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo: **RHC 79.785/RJ**. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Diário de Justiça, Brasília, 22 de novembro de 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo: **RHC 18.799/RS**. Relator Ministro José Delgado. Diário de Justiça, Brasília, 08 de junho de 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo: **RE 466.343**. Relator Ministro Cezar Peluso. Diário de Justiça, Brasília, 05 de junho de 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo: **RE 466.343**. Relator Ministro Cezar Peluso. Voto do Ministro Celso de Mello. Diário de Justiça, Brasília, 05 de junho de 2009b.

CÂMARA, Heloisa Fernandes. **Direitos Humanos e o conceito de homem**: análise sob uma perspectiva biopolítica. Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, n.47, p.29-64, 2008.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos**: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil**. 2. ed. Brasília: Ed. UnB, 2000.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI**. In: Desafios do direito internacional contemporâneo, Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros (org.), Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **As Manifestações da Humanização do Direito Internacional**. Revista n. 31. Rio de Janeiro: Academia brasileira de letras jurídicas, 2007. Disponível em: <<http://www.ablj.org.br/revistas/revista31.asp>>. Acesso em: 21 de dezembro de 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de direito**. Lisboa: Gradiva, 1999.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo**. 16ª ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão; BRITO, Luiz Navarro de; BALEEIRO, Aliomar. **1967**. 3ª ed. Coleção Constituições Brasileiras, v. 6. Brasília: Senado Federal, 2012.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de Direito**. Tradução: Antonio Araldo Ferraz dal Pozzo e Augusto Neves dal Pozzo. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CORRÊA, Murilo Duarte Costa. **Biopolítica e direitos humanos: Giorgio Agamben e uma antropolítica evanescente**. Profanações, Mafra, Ano 1, n. 1, p. 22-37, jan./jun. 2014.

CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE DIREITO DOS TRATADOS. Viena, 1969. Disponível em <<http://www.gddc.pt/siii/docs/rar67-2003.pdf>>. Acesso em: 16 de janeiro 2018.

CORRÊA, Oscar Dias. **A defesa do Estado de direito e a emergência constitucional**. Rio de Janeiro: Presença, 1980.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **United States Diplomatic and Consular Staff in Tehra**. [s. l.]: ICJ Reports, 1980. . Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/64/064-19800524-JUD-01-00-EN.pdf>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile**. 2001. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf>. Acesso em: 10 de janeiro de 2018.

CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. **Case concerning certain German interests in Polish Upper Silesia (The Merits)**. 1926. Disponível em: <http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1926.05.25_silesia.htm>. Acesso em: 10 de janeiro de 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Ximenes Lopes versus Brasil**. 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf>. Acesso em: 10 de janeiro de 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile**. 2006b. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2018.

CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. **S.S. "Wimbledon"**. 1923. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/en/pcij-series-a>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2018.

DANTAS, Ivo. **Da defesa do Estado e das instituições democráticas na nova constituição**. Rio de Janeiro: Aide Ed, 1989.

DELPERÉE, Francis. **O Direito à dignidade humana**. In: Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Organizadores: Sérgio Resende de Barros e Fernando Aurélio Zilvete. São Paulo: Dialética, 1999.

DEL NEGRI, André. **Segredo de Estado no Brasil**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei**. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ESPAÑA. **Constituição (1978)**. Constitución Española. Madrid: 1978. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229>>. Acesso em: 04 de novembro de 2017.

ESTADOS UNIDOS. **Constituição (1787)**. Constituição dos Estados Unidos da América. Philadelphia: National Constitution Center, 1787. Disponível em: <<https://constitutioncenter.org/media/files/constitution.pdf>>. Acesso em: 04 de novembro de 2017.

ESTADOS UNIDOS. **Declaração dos direitos da Virgínia**. 1776. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1776.htm>>. Acesso em: 04 de novembro de 2017.

FELDMAN, David. **Monism, Dualism and Constitutional Legitimacy**. Australian Year Book of International Law, 1999. Disponível em: <<http://www.austlii.edu.au/au/journals/AUYrBkIntLaw/1999/7.html#fn9>>. Acesso em: 15 de dezembro de 2017.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário aurélio da língua portuguesa**. 5ª edição. Curitiba: Editora Positivo, 2014.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: de la antigüedad a nuestros días**. Madrid: Trotta, 2001.

FOUCAULT, Michel. **Dits et écrits: 1954-1988**. Tradução: Daniel Defert, François Ewald e Jacques Langrande. Paris: Gallimard, 1994.

FRANÇA. **Declaração de direitos do homem e do cidadão**. 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 04 de novembro de 2017.

FRANÇA. **Constituição** (1958). Paris. 1958. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf>. Acesso em: 20 de dezembro de 2017.

FREITAS, Vladimir Passos. **Ação proposta pelo rio Doce busca duvidosa proteção ambiental**. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-12/segunda-leitura-acao-proposta-rio-doce-busca-duvidosa-protacao-ambiental#_edn8>. Acesso em: 05 de janeiro de 2018.

FRIEDRICH, Carl J. **Constitutional government and democracy: theory and practice in Europe and America**. ed. rev. Boston: Ginn, 1950.

GRÉCIA. **The constitution of Greece**. 1975. Disponível em: <<http://www.hellenicparliament.gr/UserFiles/f3c70a23-7696-49db-9148-f24dce6a27c8/001-156%20agglisko.pdf>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2018.

GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2013.

HOBBS, Thomas. **Leviata ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Harmondsworth, Eng.: Penguin, 1981.

HOBBS, Thomas. **Behemoth, ou, O longo parlamento**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2001.

INGLATERRA. **Magna Carta**. 1215. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/magna-carta-1215-magna-charta-libertatum.html>>. Acesso em: 10 de novembro de 2017.

INGLATERRA. **Habeas Corpus Act**. 1679. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/a-lei-de-qhabeas-corpusq-1679.html>>. Acesso em: 10 de novembro de 2017.

ITÁLIA. **Constituição** (1947). Costituzione della Repubblica Italiana. Roma: 1947. Disponível em: <<http://www.casacultureivrea.it/costituzione/portoghese.pdf>>. Acesso em: 06 de novembro de 2017.

KANTOROWICZ, Ernst Hartwig. **Os dois corpos do rei: um estudo sobre teologia política medieval**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, 7a ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais.** Barueri: Manole, 2005.

LEFORT, Claude. **Le travail de l'oeuvre Machiavel.** Paris: Gallimard, 1993.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado.** 12. ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito.** 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006.

MACHIAVELLI, Niccoló. **O príncipe.** São Paulo: M. Fontes, 2004.

MARX, Karl. **A questão judaica.** 4.ed. São Paulo: Centauro, 2002.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista.** 6a ed. São Paulo: Global Ed., 1986.

MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como Superego da Sociedade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2010.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito Internacional Público – Parte geral.** 7. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público.** 9. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2015.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira.** São Paulo: J. de Oliveira, 2002.

MEINECKE, Friedrich. **Machiavellism : the doctrine of raison d'etat and its place in modern history.** London: Routledge, 1957.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **O §2º do art. 5º da Constituição Federal.** Teoria dos direitos fundamentais, 2ª ed. rev. e atual. Ricardo Lobo Torres (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 1 -33.

MENDES, Gilmar Ferreira. Apresentação. In: **O Guardião da Constituição.** Tradução: Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MÉXICO. **Constituição** (1917). Constitución política de los estados unidos mexicanos. Cidade do México: Senado, 1917. Disponível em: <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf>>. Acesso em: 04 de novembro de 2017.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** Coimbra: Coimbra Ed., 1988.

MONTI, Laura Campolina. **Responsabilidade internacional do estado brasileiro frente ao desrespeito a direitos humanos em face da Convenção de Viena de Direito dos Tratados de 1969**. 2012. 52F. Monografia (conclusão do curso) – Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Belo Horizonte.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NOGUEIRA, Ataliba. **O Estado é Meio e Não Fim**. São Paulo: Saraiva, 1955.

NOGUEIRA, Octaciano. **1824**. 3ª ed. Coleção Constituições Brasileiras, v. 1. Brasília: Senado Federal, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta de São Francisco**. São Francisco, 1945. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/onu-carta.html/>>. Acesso em: 16 ago. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**. 1945. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/11/A-Carta-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas.pdf>>. Acesso em: 05 de janeiro de 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos**. 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 05 de janeiro de 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaração americana dos direitos e deveres do homem**. 1948. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 05 de janeiro de 2018.

PALLIERI, G. Balladore. **Diritto costituzionale**. 10.ed. Milano: A. Giuffre, 1972.

PERU. **Constituição** (1979). Constitución Política del Peru. Lima: Senado, 1979. Disponível em: <<http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1999/simplificacion/const/1979.htm>>. Acesso em: 06 de novembro de 2017.

PERU. **Constituição** (1993). Constitución Política del Peru. Lima: Senado, 1993. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/per_res17.pdf>. Acesso em: 06 de novembro de 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PLATÃO. **A república**: texto integral. 2. ed. São Paulo: Escala, 2007.

- POLETTI, Ronaldo. **1934**. 3ª ed. Coleção Constituições Brasileiras, v. 3. Brasília: Senado Federal, 2012.
- PORTO, Walter Costa. **1937**. 3ª ed. Coleção Constituições Brasileiras, v. 4. Brasília: Senado Federal, 2012.
- PORTUGAL. **Constituição** (1976). Constituição da República Portuguesa. Lisboa: Assembleia da Republica, 1976. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>. Acesso em: 06 de novembro de 2017.
- POST, Gaines. Ratio Publicae Utilitatis, Ratio Status et Rason d'Etat (1100-1300). In: LAZZARI, Christian; e REYNIÉ, Dominique (Org.). **Le Pouvoir de la Raison d'Etat**. Paris: Presses Universitaires de France, 1992.
- PROUDHON, P.-J. **O que é a propriedade ?** 2. ed. Lisboa (Portugal): Editorial Estampa, 1975.
- RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade internacional por violações de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis: teoria e prática do direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- ROSSITER, Clinton. **Constitutional dictatorship: crisis government in the modern democracies**. Princeton: Princeton University Press, 1948.
- RUBIN, Peter J. **Square Pegs and Round Holes: Substantive Due Process, Procedural Due Process, and the Bill of Rights**. Columbia Law Review, vol. 103, n. 4, 2003.
- SANTIAGO NINO, Carlos. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentacion**. Barcelona: 1989.
- SANTOS, Aricê Moacir Amaral. **O estado de emergência**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981.
- SAINT-BONNET, François. **L'état d'exception**. Paris: Universitaires de France, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

- SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Tradução: Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SCHMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade**. Tradução: Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007b.
- SCHMITT, Carl. **A crise da democracia parlamentar**. Tradução: Inês Lohbauer São Paulo: Sentia, 1996.
- SCHMITT, Carl. **La dictadura**: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria . Madrid: Revista de Occidente, 1968.
- SCHMITT, Carl. **Political theology**: four chapters on the concept of sovereignty. Chicago: University of Chicago Press, 2005.
- SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Tradução: Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- SCHNUR, Roman. **Individualismo e Assolutismo**. Milão: Giuffrè, 1979.
- SEHELLART, Michael. **Machiavelisme et raison d'Etat**. Tradução: Lorenzo Coccoli. Florença: goWare, 2013.
- SHAW, Malcolm N.. **International Law**. 6 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 5a ed. rev. e ampl. de acordo com a nova Constit. São Paulo: R. dos Tribunais, 1989.
- STOLLEIS, Michael. **Condere leges et interpretari. Potere legislativo e formazione dello stato agli albori dell'età moderna**. In: **Stato e ragioni di stato nella prima età moderna**. Trad. Serenella Iovino e Christiane Schultz. Bologna: Il Mulino, 1990.
- TÁCITO, Caio. **1988**. 3ª ed. Coleção Constituições Brasileiras, v. 7. Brasília: Senado Federal, 2012.
- VEGA, Juan Carlos. **Derechos humanos**: legalidad y jurisdicción supranacional. 2ª edición actualizada. Córdoba: Editora Mediterránea, 2007.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal**: jurisprudência política. São Paulo: Malheiros, 2002.
- VILLALON, Pedro Cruz. **Estados Excepcionales y Suspension de Garantias**. Madrid: Tecnos, 1984.
- VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.
- VILLIGER, Mark. **Commentary on the 1969 Vienna Convention on the law os treaties**. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

WALKER, Neil. **Beyond Boundary Disputes and Basic Grids**: Mapping the Global Disorder of Normative Orders Int J Constitutional Law. International Journal of Constitutional Law, Vol. 6, Issue 3-4, 1 July 2008, p. 373–396. Disponível em: <<https://academic.oup.com/icon/article/6/3-4/373/654423>>. Acesso em: 21 de dezembro de 2017.

WANDERLEY JUNIOR, Bruno; VOLPINI SILVA, Carla Ribeiro. **A responsabilidade internacional do Brasil em face do controle de convencionalidade em sede de direitos humanos**: conflito de interpretação entre a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal quanto a Lei de anistia. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 12, n. 2, 2015, p.611-629.

WATSON, Adam. **The evolution of international society**: a comparative historical analysis. Londres, Nova York: Routledge, 1992.