

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO

RAFAEL FONSECA FERREIRA

DIÁLOGOS HERMENÊUTICOS EM DIREITOS HUMANOS:
EM BUSCA DA(S) PERGUNTA(S) ADEQUADA(S) PARA A APLICAÇÃO DOS
TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

SÃO LEOPOLDO
2015

Rafael Fonseca Ferreira

DIÁLOGOS HERMENÊUTICOS EM DIREITOS HUMANOS:
Em busca da(s) pergunta(s) adequada(s) para a aplicação dos tratados
internacionais de direitos humanos no Brasil

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS.

Área de concentração: Direito Público

Orientadora: Prof^a. Dra. Têmis
Limberger

São Leopoldo

2015

F383d Ferreira, Rafael Fonseca
Diálogos hermenêuticos em Direitos Humanos: em busca da(s) pergunta(s) adequadas(s) para a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil / Rafael Fonseca Ferreira. – 2015.
320 f. ; 30 cm.

Tese (doutorado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo, RS, 2015.

Área de concentração: Direito Público.

Orientadora: Profa. Dra. Têmis Limberger

1. Direitos Humanos – Brasil. 2. Hermenêutica.
3. Constituição. I. Título. II. Limberger, Têmis.

CDU 341.231.14(81)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Bibliotecária: Raquel Herbcz França CRB 10/1795)

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: “DIÁLOGOS HERMENÊUTICOS EM DIREITOS HUMANOS: em busca da(s) pergunta(s) adequadas(s) para a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil”, elaborada pelo doutorando Rafael Fonseca Ferreira, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

São Leopoldo, 14 de janeiro de 2015.

Logo

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha,
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dra. Têmis Limberger *Têmis Limberger*

Membro: Dr. Leonel Pires Ohlweiler *Leonel Pires Ohlweiler*

Membro: Dr. Rafael Tomaz de Oliveira *Rafael Tomaz de Oliveira*

Membro: Dr. Wilson Engelmann *Wilson Engelmann*

Membro: Dra. Maria Eugenia Bunchaft *Maria Eugenia Bunchaft*

Aos meus pais
Neuza e Roberto (*in memoriam*),
minha irmã Márcia e a
minha companheira Celine
em testemunho de meu Amor e Gratidão.

AGRADECIMENTOS

A Profa. Dra. Têmis Limberger – minha orientadora – pela acolhida, pelo conhecimento transmitido, pela franqueza delicada, pela confiança e participação na execução da pesquisa. Nosso trabalho apresentado em Barcelona/ES, além da confiança, proporcionou uma experiência acadêmica inesquecível para este riograndino.

A Universidade Federal do Rio Grande (FURG) pelo apoio e aos meus alunos pelos diálogos na disciplina de Hermenêutica e Jurisdição Constitucional.

Aos meus sócios Enio Duarte Fernandez Júnior, Cristian Costa Moraes e Bruno da Silva Alfaro pela cumplicidade, pelo estímulo e compreensão durante este longo período que alternou afastamento, retorno e depois contínuas presenças e ausências exigidas pela FURG e pelo Doutorado.

A Marlene Fonseca pela amizade e compromisso.

Ao amigo Francisco Luiz da Rocha Simões Pires por ter auxiliado no momento inicial de maneira determinante e a amiga Simone Grohs Freire que sempre foi uma grande interlocutora em todos os sentidos.

Ao dedicado Bruno Cozza Saraiva pelo apoio e consideração, que também são recíprocos.

Aos professores do PPG Direito/Unisinos pelo conhecimento proporcionado e, em particular, ao Prof. Dr. Wilson Engelmann pela *pergunta* determinante sobre os diálogos na banca de qualificação do projeto, e ao Prof. Dr. Lenio Luiz Streck pela ampliação de meus horizontes, pela admiração que lhe tenho e por tudo o que representa o modo-de-ser hermenêutico do/no Direito *nessa quadra da história* e da tese. E, também, a Vera Loebens, secretária eficiente e responsável pela boa rotina do Programa.

Ao irmão João Marcelo Lang, precursor da ideia de cursar o Doutorado lá em 2010, pela experiência ímpar nos Estados Unidos, pelas profícuas discussões durante as aulas e fundamentalmente pelas risadas! Ao admirável Rafael Tomáz de Oliveira pela simplicidade, disponibilidade e pelo

conhecimento. E ao Marcelo Moura companheiro de angústias e gargalhadas nas longas viagens de volta ao Rio Grande!

Mais uma vez a Celine, parceira fiel de todas as horas e de muitas jornadas; entre aprendizados de lutas, glórias e dores é preciso agradecer aos *amigos* a benção de ter juntado nossos caminhos; sem tua mansidão, sabedoria e cumplicidade teria sido muito mais difícil. Ao infinito e além, TE AMO!

Por fim, a Todos que zelam por nós no sopro leve da espiritualidade.

[...]

O my soul, be prepared for the coming of the Stranger,

Be prepared for him who knows how to ask questions.

T. S. Eliot, *The Choruses from The Rock*

[...]

Oh minha alma, esteja preparada para o encontro com o Estranho,

Esteja preparada para ele que sabe como fazer perguntas.

T. S. Eliot, *Coros de A Rocha*

RESUMO

A temática da tese é a relação entre Constituição e Tratados Internacionais de Direitos Humanos como expressão de internacionalização do Direito. A tese dedicou-se a elaboração de uma proposta de solução à problemática de como estabelecer outra racionalidade capaz de responder a dificuldade do emprego da visão hierárquico-normativa (difundida na doutrina e no Supremo Tribunal Federal) na relação Constituição-Tratados Internacionais de Direitos Humanos, com direta repercussão no âmbito pragmático-interpretativo. A hipótese foi delineada da seguinte forma: que mediante uma reflexão capaz de recorrer ao nível hermenêutico da compreensão, em busca de seu enlace histórico-crítico baseado na estrutura dialógico-hermenêutica, será possível densificar e orientar as construções teóricas e se construir uma nova estrutura de racionalidade, no caso, para a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, enquanto expressão de autonomia do Direito e supremacia material da Constituição em exceção à visão hierárquico-normativista. No objetivo geral apontou-se a busca pelo estabelecimento de elementos estruturais e teóricos que permitissem desenvolver um novo horizonte epistemológico-hermenêutico no que diz respeito aos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil como resultado de um diálogo (hermenêutico) para além da visão hierárquico-normativista. Com base nos objetivos específicos passou-se: a descrever e analisar criticamente o paradigma dominante, ancorado na visão hierárquico-normativista sobre tratados internacionais de direitos humanos na jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal e na doutrina dominante; reorientar a compreensão de supremacia constitucional considerando o movimento de internacionalização do direito e o caráter constitutivo dos direitos humanos; propor o modo-de-ser dialógico hermenêutico de Hans-Georg Gadamer como reflexão prévia (estruturada) para uma adequada epistemologia (hermenêutica) capaz de traduzir outras possibilidades teórico-normativas oriundas da relação entre Constituição e Tratados internacionais. O Método de abordagem foi o fenomenológico-hermenêutico que, por se ocupar dos dois lados do discurso, auxiliou no revolvimento do chão linguístico sob o qual se assentam os discursos dominantes e na reflexão ontologicamente enraizada. A partir disso, chegou-se a conclusão de que diálogo hermenêutico gadameriano estrutura-se como modo-de-ser produtivo para a construção de sentidos no Direito, em particular, para a adequada compreensão do papel dos tratados internacionais de direitos humanos no constitucionalismo brasileiro. O diálogo hermenêutico, estruturado na dinâmica da pergunta e da resposta, revelou o papel preponderante da pergunta como responsável por descerrar as obviedades do dito. Por consequência, iluminaram-se outras possibilidades de caráter epistemológico hermenêutico para a relação (ontológica) entre direitos humanos e fundamentais, com direta repercussão na tese da inconstitucionalidade do § 3º

do art. 5º da Constituição Federal inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Também, conclui-se que a construção e consolidação da noção de bloco de constitucionalidade exsurge da pergunta adequada (dialógica) pela dimensão interpretativa dos direitos humanos em face do desprezado vigor contedístico aos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição Federal. Com efeito, ao assimilar-se o caráter histórico-compreensivo dos direitos humanos e fundamentais, o bloco de constitucionalidade viabilizou-se como vetor epistemológico-hermenêutico para a modificação de compreensão sobre tratamento dispensado aos tratados internacionais de direitos humanos como dimensão da materialidade constitucional.

Palavras-chave: Diálogo hermenêutico, Perguntas adequadas, Direitos humanos, Constituição, Tratados internacionais, Bloco de constitucionalidade.

ABSTRACT

The theme of this thesis is the relationship between the Constitution and International Human Rights Treaties as an expression of internationalization of Law. The thesis was dedicated to developing a solution to the problem of how to establish another rationality, one that is able to answer to the difficulty of using the hierarchical-normative view (spread in the doctrine of the Supreme Court) in the Constitution-International Treaties on Human Rights relationship with a direct impact on the pragmatic and interpretative framework. The hypothesis was outlined as follows: that upon reflection able to use the hermeneutic level of understanding, in search of his historical-critical link based on dialogic-hermeneutic structure, you can densify and guide constructions theoretical and build a new structure of rationality, in this case, for the implementation of international treaties on human rights in Brazil, as an expression of autonomy of law and constitution material supremacy in exception to the hierarchical-normative vision. On the overall objective we point to the seek for establishing structural and theoretical evidence to develop a new epistemological and hermeneutic horizon with regard to international treaties on human rights in Brazil as a result of (hermeneutic) dialogue beyond the hierarchical-normative view. Based on the specific objectives, we then proceeded to: describe and critically analyze the dominant paradigm, anchored in the hierarchical-normative view of international human rights treaties in the jurisprudence that is consolidated in the Supreme Court and the dominant doctrine; reorient the understanding of constitutional supremacy considering the internationalization of Law movement and the constitutive character of human rights; propose Hans-Georg Gadamer's dialogical hermeneutical "way-of-being" as previous reflection (structured) for proper epistemology (hermeneutics) able to translate other theoretical and normative possibilities arising from the relationship between the Constitution and international treaties. The approach method was the phenomenological-hermeneutic one, due to its engagement on both sides of the speech, that helped to revolve the linguistic ground on which sit the dominant discourses and also aided the ontologically rooted reflection. From this we came to the conclusion that Gadamerian hermeneutic dialogue is structured as a productive "way-of-being" for the construction of sense in law, in particular for the proper understanding of the role of international human rights treaties in the Brazilian constitutionalism. The hermeneutic dialogue, structured in the dynamics of question and answer, revealed the predominant role of the question as responsible for unveiling the obviousness of the speech. Consequently, it shed light on other hermeneutic epistemological possibilities for the (ontological) relation between human and fundamental rights, with direct impact on the thesis of the unconstitutionality of section 3 of the 5th article of the Federal Constitution inserted by Constitutional Amendment No. 45/2004. Also, we concluded that the construction

and consolidation of the concept of constitutional block emerges from the appropriate (dialogical) question by the interpretative dimension of human rights in the face of the despised vigor of contents on sections 1 and 2 of the 5th article of the Federal Constitution. Indeed, by assimilating the historical-comprehensive nature of human and fundamental rights, the constitutional block became feasible as epistemological-hermeneutic vector for changing the comprehension on the given treatment to international human rights treaties as a dimension of constitutional materiality.

Keywords: Hermeneutic dialogue, Appropriate questions, Human rights, Constitution, International treaties, Constitutionality block.

RESUMEN

La temática de la tesis es la relación entre Constitución y Tratados Internacionales de Derechos Humanos como expresión de la internacionalización del Derecho. La tesis se dedicó a la elaboración de una propuesta de solución a la problemática de cómo establecer otra racionalidad capaz de responder la dificultad del empleo de la visión jerárquico -normativa (difundida en la doctrina y en el Supremo Tribunal Federal) en la relación Constitución-Tratados Internacionales de Derechos Humanos, con directa repercusión en el ámbito pragmático-interpretativo. La hipótesis fue esbozada como sigue: que después de una reflexión capaz de recurrir al nivel hermenéutico de comprensión, en busca de su vínculo histórico-crítico basado en estructura dialógico-hermenéutica, puede densificar y guiar a los constructos teóricos y construir una nueva estructura de la racionalidad, en este caso, para la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos en Brasil, como expresión de la autonomía del Derecho y la supremacía material de la Constitución en excepción a la visión jerárquico-normativista. En el objetivo general se apuntó la búsqueda por el establecimiento de elementos estructurales y teóricos que permitiesen desarrollar un nuevo horizonte epistemológico-hermenéutico con respecto a los tratados internacionales de derechos humanos en Brasil como resultado de un diálogo (hermenéutico) para más allá de la visión jerárquico-normativista. Con base en los objetivos específicos se pasó: a describir y analizar críticamente el paradigma dominante, anclado en la visión jerárquico-normativista sobre tratados internacionales de derechos humanos en la jurisprudencia consolidada en el Supremo Tribunal Federal y en la doctrina dominante; reorientar la comprensión de supremacía constitucional considerando el movimiento de internacionalización del derecho y el carácter constitutivo de los derechos humanos; proponer el modo de ser dialógico hermenéutico de Hans-Georg Gadamer como reflexión previa (estructurada) para una adecuada epistemología (hermenéutica) capaz de traducir otras posibilidades teórico-normativas oriundas de la relación entre Constitución y Tratados internacionales. El Método de abordaje fue el fenomenológico-hermenéutico que, por ocuparse de los dos lados del discurso, auxilió en el revolimiento del suelo lingüístico bajo el que se asientan los discursos dominantes y en la reflexión ontológicamente enraizada. A partir de eso, se llegó a la conclusión de que el diálogo hermenéutico gadameriano se estructura como modo de ser productivo para la construcción de sentidos en el Derecho, en particular, para la adecuada comprensión del papel de los tratados internacionales de derechos humanos en el constitucionalismo brasileño. El diálogo hermenéutico, estructurado en la dinámica de la pregunta y de la respuesta, reveló el papel preponderante de la pregunta como responsable por desencerrar las obviedades de lo dicho. Por consecuencia, se iluminaron otras

posibilidades de carácter epistemológico hermenéutico para la relación (ontológica) entre derechos humanos y fundamentales, con directa repercusión en la tesis de la inconstitucionalidad del § 3º del art. 5º de la Constitución Federal insertado por la Enmienda Constitucional nº 45/2004. También, se concluye que la construcción y consolidación de la noción de bloque de constitucionalidad se yergue de la pregunta adecuada (dialógica) por la dimensión interpretativa de los derechos humanos ante el despreciado vigor contedístico a los §§ 1º y 2º del art. 5º de la Constitución Federal. En efecto, al asimilarse el carácter histórico-comprensivo de los derechos humanos y fundamentales, el bloque de constitucionalidad se viabilizó como vector epistemológico-hermenéutico para la modificación de la comprensión sobre tratamiento dispensado a los tratados internacionales de derechos humanos como dimensión de la materialidad constitucional.

Palabras clave: Diálogo hermenéutico, Preguntas adecuadas, Derechos humanos, Constitución, Tratados internacionales, Bloque de constitucionalidad.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CF – Constituição Federal

CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

DF – Distrito Federal

EC – Emenda Constitucional

GO - Goiás

HC – *Habeas Corpus*

LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro

MC – Medida Cautelar

MG – Minas Gerais

Min. - Ministro

OIT – Organização Internacional do Trabalho

RE – Recurso Extraordinário

REsp. – Recurso Especial

RHC – Recurso em *Habeas Corpus*

RJ – Rio de Janeiro

RS – Rio Grande do Sul

SP – São Paulo

STF – Supremo Tribunal Federal

STC – Sentença do Tribunal Constitucional (Espanha)

TEDH – Tribunal Europeu de Direitos Humanos

TO – Tocantins

UNESCO - Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	17
2 O ESTADO D'ARTE DOS DIREITOS HUMANOS E AS DIFICULDADES HERMENÊUTICAS NO/DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO.....	40
2.1 ALGUMAS DEFINIÇÕES PRELIMINARES.....	40
2.2 A RAZÃO DE SER DOS DIREITOS HUMANOS PÓS-SEGUNDA GUERRA: ENTRE A AFIRMAÇÃO E AS DIFICULDADES DA DUALIZAÇÃO INTERNO-INTERNACIONAL	46
2.3 DE COMO AS PRETENSÕES HIERÁRQUICO-NORMATIVISTAS DOMINAM O IMAGINÁRIO DA COMUNIDADE JURÍDICA E CONDICIONAM O TRATAMENTO DISPENSADO AOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL	57
2.3.1 O tratamento hierárquico-normativista dos tratados internacionais de direitos humanos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pós-Constituição de 1988.....	59
2.3.1.1 Os julgamentos do plenário do Supremo Tribunal Federal envolvendo os tratados e convenções de direitos humanos, antes da EC nº 45/2004	62
2.3.1.1.1 <i>Habeas Corpus nº 72.131/RJ, julgado em 23/11/1995 e relatado pelo Ministro Marco Aurélio.....</i>	<i>62</i>
2.3.1.1.2 <i>ADI nº 1480 MC/DF, julgada em 04/09/1997 e relatada pelo Ministro Celso de Mello.....</i>	<i>67</i>
2.3.1.1.3 <i>Recurso Extraordinário nº 206.482/SP, julgado em 27/05/1998 e relatado pelo Ministro Maurício Corrêa</i>	<i>70</i>
2.3.1.1.4 <i>Habeas Corpus nº 77.527/MG, julgado em 23/09/1998 e relatado pelo Ministro Marco Aurélio.....</i>	<i>73</i>
2.3.1.1.5 <i>Recurso em Habeas Corpus nº 79.785/RJ, julgado em 29/03/2000 e relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence.....</i>	<i>74</i>
2.3.1.1.6 <i>Habeas Corpus nº 81.319/GO, julgado em 24/04/2002 e relatado pelo Ministro Celso de Mello.....</i>	<i>77</i>
2.3.1.1.7 <i>Um balanço intermediário sobre os referidos julgados pré-EC nº 45/2004</i>	<i>79</i>
2.3.1.2 Os julgamentos do plenário Supremo Tribunal Federal envolvendo os tratados internacionais de direitos humanos, pós EC nº 45/2004	80
2.3.1.2.1 <i>Agravo Regimental no Mandado de Injunção nº 772/RJ, julgado em 24/10/2007 e relatado pelo Ministro Celso de Mello</i>	<i>81</i>
2.3.1.2.2 <i>Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, julgado em 03/12/2008 e relatado pelo Ministro Cezar Peluso</i>	<i>82</i>

2.3.1.2.3 Recurso Extraordinário n° 349.703/RS, julgado em 03/12/2008 e relatado pelo Ministro Carlos Ayres Britto	89
2.3.1.2.4 Habeas Corpus n° 87.585/TO, julgado em 03/12/2008 e relatado pelo Ministro Marco Aurélio.....	91
2.3.1.2.5 Habeas Corpus n° 92.566/SP, julgado em 03/12/2008 e relatado pelo Ministro Marco Aurélio	93
2.3.1.2.6 Um balanço geral sobre os referidos julgados pré e pós-EC n° 45/2004	94
2.4 AS “INOVAÇÕES” DA EC N° 45/2004 E A SUPRALEGALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO STF: A PASSIVIDADE DA DOCTRINA E A “HERMENÊUTICA” DOS DIREITOS HUMANOS.....	101
3 UM OLHAR HERMENÊUTICO SOBRE A PROBLEMÁTICA: A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL E INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL E OS RISCOS DE ALGUNS ‘DIÁLOGOS PRAGMÁTICOS’.....	130
3.1 O CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO: A AUTONOMIA CONSTITUCIONAL VISTA APENAS PELA SUPERIORIDADE FORMAL (HIERÁRQUICO-NORMATIVISTA) “(DES)CONSTITUI-AÇÃO”	131
3.2 OS “DIÁLOGOS PRAGMÁTICOS” E AS INSUFICIÊNCIAS HERMENÊUTICAS: ANÁLISE DE ALGUNS CONTRAPONTO DISTINTIVOS AO DIÁLOGO HERMENÊUTICO.....	149
3.2.1 García Roca, Alcalá e Bustos Gisbert e os diálogos entre os sistemas regionais de direitos humanos.....	151
3.2.2 Humberto Nogueira Alcalá e o diálogo interjurisdicional.....	154
3.2.3 Burgorgue-Larsen e a internacionalização do diálogo de juízes ...	159
3.2.4 Delmas-Marty e o diálogo entre juízes como uma dialética entre o geral e o particular	163
3.2.5 Cláudia Lima Marques e o diálogo das fontes de Erik Jayme	166
3.2.6 Dos diálogos pragmáticos ao diálogo hermenêutico	172
4 O DIÁLOGO NA LINGUAGEM E A LINGUAGEM NO DIÁLOGO: EM BUSCA DE BASES CONTEUDÍSTICAS PARA O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO NO BRASIL.....	174
4.1 O DIÁLOGO HERMENÊUTICO EM GADAMER: O <i>LOCUS</i> DA EXPERIÊNCIA HERMENÊUTICA.....	175
4.2 A PERGUNTA (DIALÓGICA) COMO HORIZONTE DA RESPOSTA: O ROMPIMENTO DA CAMADA DA OBVIDADE DO DITO E AS POSSIBILIDADES DE SENTIDO	189
4.2.1 O encontro com a <i>coisa mesma (sache selbst)</i> como objetivo da pergunta dialógica	191
4.2.2 A primazia da pergunta no diálogo hermenêutico e a denúncia da obvidade do dito.....	193

4.3 A FUSÃO DE HORIZONTES COMO PONTO DE ESTOFO DO DIÁLOGO: DA ESTREITEZA À ATUALIZAÇÃO COMPREENSIVA	200
4.4 A ONTOLOGIA PRODUTIVA DO DIÁLOGO HERMENÊUTICO ANTE O DISSENSO: O CONSENSO BUSCADO NA <i>COISA</i>	213
4.4.1 O consenso na <i>coisa</i> e o consenso discursivo-procedimental em Habermas	216
4.4.2 A importância produtiva do dissenso como prudência de não ter razão	221
4.5 UM BALANÇO FINAL E DE TRANSIÇÃO: DO DESVELAMENTO DA ESTRUTURA DIALÓGICO-HERMENÊUTICA A CAMINHO DOS NOVOS HORIZONTES.....	225
5 O DIÁLOGO HERMENÊUTICO COMO HORIZONTE DE UMA NOVA PAISAGEM NO DIREITO: A(S) PERGUNTA(S) ADEQUADA(S) E AS PERSPECTIVAS EPISTÊMICAS DE APLICAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL	229
5.1 DIÁLOGOS HERMENÊUTICOS: APROXIMANDO FONTES E ORDENS JURÍDICAS EM BUSCA DE “RECOMPOSIÇÃO DA PAISAGEM” INTERNA E INTERNACIONAL EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS	230
5.2 A DICOTOMIA ENTRE DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: DE UMA QUESTÃO SECUNDÁRIA À PERGUNTA PELA INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DA EMENDA Nº 45/2004 (INTRODUÇÃO DO § 3º NO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL)	250
5.3 OS NOVOS HORIZONTES DA AUTONOMIA DA CONSTITUIÇÃO: A COMPREENSÃO EPISTEMOLÓGICO-HERMENÊUTICA DE BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE COMO EXPRESSÃO NORMATIVO-INTERPRETATIVA DE DIREITOS HUMANOS (E FUNDAMENTAIS).....	266
6 CONCLUSÃO	279
REFERÊNCIAS	304

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva introduzir novos horizontes de sentido acerca de algumas questões emergentes da crescente relação entre direito constitucional e direito internacional e, em particular, no que diz respeito ao tema dos tratados e convenções de direitos humanos no Brasil. A dificuldade que gira em torno da aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil se coloca como pergunta ou interpelação sobre a (in)compreensão da influência humanista do movimento constitucional pós-Segunda Guerra e a respectiva orientação principiológica na Constituição brasileira de 1988. Ao longo da tese observar-se-á que as respostas auferidas parecem insuficientes para dar conta dessa realidade e, por isso, talvez se apresente como relevante buscar inverter a tônica da resposta para defender-se a pergunta como parte fundamental desse processo. Nesse contexto, o sentido da pergunta adviria como a única direção que a resposta pode adotar se quiser ter sentido e ser pertinente¹, de maneira que a resposta adequada sempre acontece no horizonte de uma pergunta adequadamente formulada. Assim, a pergunta adequada, no horizonte da tese, será uma proposição extraída da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, que se orienta na primazia da pergunta (dialógica) como condição de possibilidade de qualquer experiência de verdade.

O problema colocado pelo projeto de tese foi articulado da seguinte forma: como estabelecer outro modo de compreensão (alternativo) capaz de responder a dificuldade do emprego da visão hierárquico-normativa² (difundida na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal) na relação Constituição-Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Brasil, com direta repercussão no âmbito pragmático-interpretativo?

¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 12. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2012. p. 473.

² A expressão hierárquico-normativa (e adiante passado a chamar de hierárquico-normativista) é bastante significativa no presente trabalho, pois será o objeto da crítica hermenêutica contra os discursos metodológicos que nele se validam. Os discursos hierárquico-normativos tem seu maior expoente em Hans Kelsen, em particular, a partir de sua obra clássica Teoria Pura do Direito, porém sobre o tema deter-se-á de forma mais articulada no primeiro capítulo.

Em face do problema apresentado, a hipótese foi delineada da seguinte forma: que mediante uma reflexão (modo-de-ser) capaz de recorrer ao nível hermenêutico da compreensão, em busca de seu enlace histórico-crítico baseado na estrutura dialógico-hermenêutica, será possível densificar e orientar uma nova estrutura de racionalidade de caráter epistemológico-hermenêutico para a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil via bloco de constitucionalidade, enquanto expressão de autonomia do Direito e supremacia material da Constituição. A confirmação dessa hipótese, por consequência, representará a possibilidade de afastamento da racionalidade dominante – e ora questionada – de caráter hierárquico-normativista que reduz o caráter normativo-material dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil.

Com base nisso o objetivo geral aponta para o estabelecimento de elementos estruturais e teóricos que permitam desenvolver um novo horizonte epistemológico-hermenêutico no que diz respeito à aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil como resultado de um diálogo (hermenêutico) para além da visão hierárquico-normativista. A importância disso se traduz não apenas na ampliação do catálogo normativo dos direitos fundamentais da Constituição para a proteção das vítimas das violações de direitos humanos, mas também na qualificação da interpretação para a adequada compreensão do movimento de afirmação dos direitos humanos na sociedade e constitucionalismo contemporâneos, ao ponto de se refletir verdadeiramente no condicionamento político, jurídico e cultural das práticas sociais em qualquer âmbito e dimensão.

A pesquisa se revela própria na medida em que a história recente da América Latina, particularmente, nas últimas três décadas, aponta para uma trajetória de modificação em termos de reconhecimento de uma condição jurídica preocupada com a dignidade da pessoa humana. O constitucionalismo democrático pós-Segunda Guerra orientou-se pela pauta dos direitos humanos na Europa, após a experiência de longos períodos de negação e violação de direitos decorrentes de regimes autoritários, como também em larga medida aconteceu na América Latina durante suas ditaduras militares.

Após a Segunda Guerra mundial, no mundo ocidental, especialmente em razão da consciência ética introduzida pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), iniciou-se um movimento de democratização constitucional baseado no comprometimento e promoção dos direitos humanos, em uma nítida tendência de reconhecimento e assunção de tratados e convenções internacionais e a positivação dos direitos humanos (ou fundamentais) na ordem interna dos Estados. Em razão dessa tendência, inclusive, se dogmatizou ao extremo a diferenciação de ordem ‘semântico-normativa’ entre os direitos humanos e direitos fundamentais.

Contudo, o propósito pós-Segunda Guerra, além de instaurar uma nova realidade baseada na legalidade dos direitos humanos, também tinha por objetivo criar condições para materializá-los, garanti-los e protegê-los de forma efetiva. Dessa forma, os diversos instrumentos jurídicos de direitos humanos surgidos do/no movimento internacional foram alçados à condição de marcos normativos em razão da adesão significativa dos Estados e do compromisso estrutural com a dignidade da pessoa humana.

As insólitas experiências políticas do século passado seguidas de um movimento de constitucionalização do Direito, particularmente na América Latina, foi materialmente insuficiente para produzir a necessária transformação do pensamento jurídico e político nesta parte do Continente. No mais das vezes, o que se observa é que os países latino-americanos alçaram a Constituição ao ápice de seus ordenamentos, formalizaram o compromisso com os direitos humanos (e fundamentais), mas, no entanto, isso não foi capaz de criar de modo conteudístico as condições para sua afirmação autonômica, inclusive no que diz respeito a sua própria internacionalização.

Na América Latina, por derradeiro, mudar o status da onipresença da Lei pela Constituição, foi insuficiente para afastar um passado recente e latente de autoritarismo, mantendo-o presente no pensamento jurídico-político como herança (velada) no seio das nossas instituições estatais. A afirmação pode ser ilustrada, por exemplo: na nacionalização de multinacionais na Bolívia; na ampliação do mandato de presidente e na prorrogação da posse (ante a doença do Hugo Chávez), na estatização da mídia e no uso da máquina estatal nas eleições por Nicolás Maduro, todos na Venezuela; na restrição à compra de

moeda estrangeira pelos cidadãos, na reforma constitucional para eleições políticas no Judiciário, na tentativa de alterar a Constituição visando a um terceiro mandato eleitoral (Cristina Kirchner) e a medida de expropriar a mídia – grupo O Clarín – em suposta retaliação às críticas ao governo, na Argentina; na deposição relâmpago de Fernando Lugo, no Paraguai; no mensalão (corrupção entre parlamentares e empresários favorecidos), desvio de dinheiro em obras e contratos públicos, corrupção, condições desumanas nos presídios e violência policial, no Brasil.

Por isso, no Brasil, as alterações introduzidas pelo legislador constitucional no art. 5º da Constituição via Emenda Constitucional nº 45/2004, bem como o entendimento do Supremo Tribunal Federal³, são consequências diretas da influência do paradigma dominante sobre as (in)suficientes interpretações (e teses) acerca da normatividade dos parágrafos 1º e 2º do art. 5º da Constituição brasileira. Assim, o não reconhecimento da eficácia automática, plena e constitucional aos tratados de internacionais ou mesmo a omissão de debate sobre a (in)constitucionalidade parcial da referida emenda são apenas efeitos colaterais da improdutividade teórico-interpretativa sobre o tema. As “respostas” políticas e judiciárias, de fato, não parecem ter respondido adequadamente a uma ‘pergunta’ – talvez não formulada – mas instituída pela nossa Constituição sobre o compromisso com os direitos humanos, a proteção da dignidade da pessoa humana e o papel normativo dos tratados internacionais.

Traduz-se, com isso, que a questão da soberania (formal), a dificuldade de compreensão de autonomia da Constituição, vista apenas sob o viés da supremacia hierárquica (formal), o apego ao procedimentalismo hierárquico-normativista (kelseniano), a cisão entre direitos humanos e fundamentais, o déficit interpretativo do imaginário jurídico brasileiro, facilitam a fragilização da autonomia do Direito em benefício de argumentos de conveniência ou relativistas na questão das ‘reservas’ de poder do Estado. Soçobram, em última análise, os direitos humanos e novas possibilidades normativas como aquela, por exemplo, que poderia emergir da ideia de bloco de constitucionalidade.

³ Cf. a questão da supralegalidade na recepção dos tratados pelo Supremo Tribunal Federal nos RE's nº 466343/SP e nº 349703/RS e o HC nº 87585/TO, julgados em 03/12/2008, os quais serão abordados na sequência.

Nesse contexto, estão inseridos os objetivos específicos de:

a) descrever e analisar criticamente a racionalidade dominante baseada na visão hierárquico-normativista difundida na doutrina e vigente no Supremo Tribunal Federal e que afetam a adequada aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, inclusive, considerando a repercussão da EC nº 45/2004 no que diz respeito à introdução do § 3º do art. 5º da Constituição Federal e as dificuldades de interpretação dos §§ 1º e 2º do mesmo artigo;

b) estabelecer traços distintivos de algumas propostas de diálogo utilizadas como instrumento de superação às limitações impostas pela relação entre ordens e sistemas internos e internacionais em sede de direitos humanos e o diálogo hermenêutico que se propugnará na sequência.

c) defender um novo modo de pensar a problemática a partir da reflexão dialógico-hermenêutica (Gadamer), como estrutura produtiva e alternativa à racionalidade hierárquico-normativista capaz de repercutir conteudisticamente no âmbito pragmático-interpretativo de aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos em face Constituição;

d) a partir disso, propor uma reorientação da relação entre direito interno e internacional voltada para o desenvolvimento cooperativo ou de recomposição dessa realidade dicotômica, como expressão de constitucionalização do direito internacional em face do movimento de internacionalização do Direito;

e) também, conseqüentemente, desmitificar a dualidade fragmentária da compreensão cindida entre direitos humanos e direitos fundamentais, objetivando, discutir a constitucionalidade do § 3º do art. 5º da Constituição Federal inserido pela EC nº 45/2004;

f) ao fim, como desvelamento da estrutura dialógico-hermenêutica, propor uma nova forma de aplicar a teoria do bloco de constitucionalidade como parâmetro hermenêutico e expressão interpretativa da supremacia material da Constituição abarcadora dos tratados internacionais de direitos humanos.

Ao revolver-se o chão linguístico sob o qual se assentam os discursos (ideológicos) de nossas instituições e a doutrina dominante quando lidam com

os compromissos internacionais de direitos humanos, se criarão condições de emergir outros horizontes teóricos e normativos para o tema. Por isso, a jornada não se furtará da crítica e da desconstrução de algumas obviedades interpretativas que escondem os argumentos que sustentam a racionalidade dominante, em particular, aqueles desenvolvidos pela doutrina e articulados nos julgados do Supremo Tribunal Federal quando enfrentaram o *status* normativo dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem interna.

Apesar dos avanços constitucionais no que diz respeito à democracia e positivação dos direitos e garantias fundamentais, ainda é preciso pavimentar o caminho para que se possa operar uma transformação no pensamento jurídico e político ante a herança autoritária/arbitrária que permeia nossas instituições. É preciso buscar empreender discursos conteudísticos que possam apontar para uma real ideia de autonomia constitucional e de resistência àqueles que se seguram nos discursos adjudicatórios, formalistas, casuísticos e de conveniência (moralistas, políticos e econômicos) relegando o Direito a uma condição meramente instrumental.

Na busca de se apresentar uma racionalidade alternativa, a defesa do diálogo (hermenêutico)⁴, diferentemente de qualquer outra compreensão mais instrumental de diálogo, nesse cenário fragmentado, poderá dar conta do encontro compreensivo entre ordens e fontes jurídicas, visando à abertura controlada de uma interface internacional do direito constitucional tomando por norte o caráter normativo-constitutivo dos direitos humanos. A reconstrução desse caminho terá por objetivo iluminar novas possibilidades superadoras das concepções orientadas pelo modelo hierárquico-normativista, que sujeita a sociedade à insegurança jurídica, à ausência de transparência, ao abuso de poder e ao desrespeito aos direitos humanos.

Diante de um cenário de deficiência democrática e de baixa constitucionalidade não é conveniente ou adequado que o papel de promoção e proteção dos direitos humanos fique reservado às conveniências da produção legislativa interna e à disposição do solipsismo interpretativo dominante,

⁴ O diálogo hermenêutico na linha desenvolvida por Hans-Georg Gadamer será o eixo principal da tese em debate com outras formas metodológicas (ou não) defendidas por autores nacionais e internacionais, conforme se verá adiante.

subutilizando as potencialidades construtivas do texto constitucional. O caminho para se autonomizar dessas práticas autoritárias deverá apostar na empresa da criatividade doutrinária (e sua responsabilidade política) e na pluralidade normativa das diversas fontes produtoras do Direito, mormente aquelas oriundas do crescente movimento de internacionalização, as quais podem favorecer a necessária materialização das práticas interpretativas e normativas no Direito.

A reflexão crítica anunciada e o seu respectivo enfrentamento em uma abordagem jurídico-filosófica, conforme se observará ao longo da tese, justifica como plenamente consonante e adequada a pesquisa ora empreendida no contexto da linha de pesquisa Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos do Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos).

A tese trilha no sentido da concretização de um novo estágio para a reflexão no Direito. Uma reflexão de caráter hermenêutico-dialógico como racionalidade alternativa a visão hierárquico-normativista, autoritária e reducionista de conhecimento do Direito, em benefício de novas expectativas jurídico-interpretativas de acontecimentos do próprio Direito e da Constituição em sede de direitos humanos.

Então, por isso, antes mesmo de apresentar o plano da tese, faz-se importante justificar o papel da hermenêutica filosófica como vetor da investigação e do diálogo (hermenêutico) e como horizonte estruturante de uma nova paisagem para o tema dos tratados internacionais de direitos humanos.

O caminho a ser seguido tem como pano de fundo a hermenêutica, especialmente, da maneira como ela passou a ser compreendida, a partir do legado da filosofia hermenêutica de Martin Heidegger⁵ e, sobretudo, da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer⁶. Contudo, não se pode

⁵ Cf. HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo I**. v. 1. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

⁶ Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 12. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2012; Id. **Verdade e método II**: complementos e índice. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2011.

olvidar a importância mediadora dos estudos de Lenio Luiz Streck⁷, com o apoio e interlocução Ernildo Stein⁸, na apresentação e compreensão daqueles filósofos no e para o Direito. Assim, as bases filosóficas introduzidas no Direito por Streck servirão para orientar a pesquisa e ontologizar a perspectiva do que se compreenderá por *diálogo* na estruturação da reflexão e no desenvolvimento das ideias que emergirão ao longo do percurso.

O Direito há muito tempo está submetido à verificabilidade científica do conhecimento produzido, de maneira que até os dias de hoje se vê mergulhado no paradigma metodológico-cientificista movido por uma racionalidade que congrega subjetividade e abstração como premissas de uma neutralidade científica operada pelo sujeito. Na realidade essa metodologia de pensamento, que se instaurou ao longo dos séculos XVII e XVIII, foi determinante para a divisão até hoje perdida entre teoria e prática no âmbito do Direito e que foi, naquela época, resultar no movimento codificador da virada dos séculos XVIII e XIX, auge do direito privado nas tradições francesa e alemã sob a forte influência do direito romanístico⁹.

Como observa Streck, essas concepções se identificam com o desenvolvimento histórico do positivismo como postura científica que se solidificou de maneira decisiva no século XIX, e que tinha por objetivo estabelecer uma metodologia de apreensão da realidade¹⁰, e a hermenêutica

⁷ Cf. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011; **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁸ Cf. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996; **Compreensão e finitude**: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí: UNIJUÍ, 2001; **Diferença e metafísica**: ensaios sobre a desconstrução. 2. ed. Ijuí: UNIJUÍ, 2008; **História e ideologia**. Porto Alegre: Movimento, 1972; **Pensar é pensar a diferença**: filosofia e conhecimento empírico. Ijuí: UNIJUÍ, 2002; entre outras obras.

⁹ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 83 *et seq.*

¹⁰ Para Streck há três estágios do positivismo: o positivismo primevo, exegético ou legalista, esteio da escola de exegese na França e da Jurisprudência dos Conceitos na Alemanha como posturas rigorosas de interpretação (sintática) dos signos dos códigos; na sequência, o positivismo normativista que, em razão da decadência do modelo sintático-semântico e o aumento do poder regulador estatal, nas primeiras décadas do século XX, implicaram o desgaste do modelo anterior e a introdução de um elemento novo - a indeterminação do Direito. O positivismo normativista tem em Kelsen seu maior expoente, que dando prosseguimento à metodologia analítica, em risco pela Jurisprudência dos Interesses e pela Escola de Direito Livre, constatou que o problema da interpretação do direito é um problema

surgirá como uma nova possibilidade para o cenário do conhecimento, diante das insuficiências metodológicas para dar conta da realidade frente à totalidade do mundo e de nossa experiência, ela se desenvolverá preocupada realmente com o existencial humano ou de como articulamos nossa experiência para o compreender¹¹.

No horizonte da virada linguística, Schleiermacher teve papel fundamental ao libertar a hermenêutica da teologia (interpretação bíblica), ao dar relevo à alteridade no processo interpretativo e ao círculo interpretativo em seu projeto de interpretação psicologista¹². De sua vez, Dilthey, ao liberar a hermenêutica da dependência das ciências naturais, a introduz nas ciências do espírito, em que o sujeito participa do procedimento interpretativo, porém limitado pela possibilidade de resultados singulares (não universalizáveis) e pelo conhecimento histórico, uma vez que o compreender não poderia ser apreendido em toda a sua inteireza¹³.

Porém, de forma ruptural, é a fenomenologia da filosofia hermenêutica de Heidegger, do sujeito dominado, “jogado” pelo ser, que fará a hermenêutica se libertar definitivamente do fundo metodológico ou de mero instrumento interpretativo. Em Heidegger, a hermenêutica, adjetivamente à filosofia, se ocupará da faticidade humana, o que o homem (Ser-aí) já foi em sua existência, em seu modo-de-ser-no-mundo¹⁴. Todavia, o ser enquanto linguagem é, fundamentalmente, fixado por Gadamer em Verdade e Método com base em algumas teses clássicas já recuperadas por Dilthey e depois por

semântico e não sintático – questão fundamental para a cisão em seu pensamento entre direito e ciência, interpretação como ato de conhecimento e como ato de vontade; por fim, o que Streck chama de neopositivismo, que a pretexto de superação do positivismo, o movimento neoconstitucionalista, pós-segunda guerra, sob a influência da fórmula do direito justo de Radbruch inaugurou a Jurisprudência dos Valores, como tentativa voluntarista de descobrir, para além do texto escrito, os valores da sociedade. In: **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 119.

¹¹ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 40 *et seq.*

¹² Cf. GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos (Col. Focus): 1999. p. 117 *et seq.*

¹³ D'AGOSTINI, Franca. **Analíticos e continentais**: guia à filosofia dos últimos trinta anos. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: UNISINOS, 2003. p. 401 *et seq.*

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 239.

Heidegger (Ser e Tempo), como a questão da pré-compreensão, que coloca o sujeito como natural participante do âmbito da indagação¹⁵.

No entanto, foi a hermenêutica filosófica de Gadamer¹⁶ com seu novo modo de compreensão, que representou uma inovação para o uso da hermenêutica nas ciências e submeteu a filosofia à hermenêutica, trazendo, em si, uma pretensão de universalidade no campo da interpretação¹⁷, a universalidade da hermenêutica.

O caminho da hermenêutica que se iniciou em Heidegger e se consolidou em Gadamer inaugura uma hermenêutica nova (filosófica), comprometida com a razão prática e antecipadora de qualquer conhecimento. Por isso, se permite afirmar que a hermenêutica filosófica representa a superação do esquema sujeito-objeto, em que o “eu” que enfrenta o texto ou a coisa na interpretação, não é um eu no sentido do sujeito da modernidade, mas um sujeito de experiências linguísticas (tradições, costumes, informações, ideologias) que o acompanha e antecipa seu esforço de conhecimento como experiência de mundo. Essa é, portanto, a grande virada (ontológico-linguística) da hermenêutica na questão do conhecimento, a partir da metade do século XX¹⁸, com grandes implicações para o Direito como ciência interpretativa.

A fenomenologia hermenêutica heideggeriana, como descreve Stein, é uma forma de pensar que dá conta da singularidade (*fenômeno*) e da universalidade (*logos*, da *logia*). Isso quer dizer que a fenomenologia, enquanto *logia*, trata da manifestação/discurso (apofântico, lógico-analítico), porém,

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 143.

¹⁶ Ernildo Stein refere que “Gadamer não acompanha o desenvolvimento do pensamento de Heidegger. Há uma profunda diferença que existe no conceito de compreensão dos dois filósofos e, como consequência, o conceito de hermenêutica. Para Heidegger, a hermenêutica, será, basicamente, um adjetivo, cuja função é qualificar a fenomenologia e, em sentido mais amplo, a filosofia. Em Gadamer, ao contrário, o que importará é afirmar o substantivo hermenêutico na linha de sua tradição histórica, acrescentando-lhe o adjetivo filosófica. Desse modo, a hermenêutica filosófica se coloca mais numa linha husserliana, se lembrarmos o conceito de mundo vivido que se aproxima, inegavelmente, do conceito de historicidade da cultura, de Gadamer”. Cf. Gadamer e a consumação hermenêutica. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (Org.); ROSA, Alexandre *et al.* **Hermenêutica e epistemologia**: 50 anos de verdade e método. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 14.

¹⁷ STEIN, op. cit., p. 11-12.

¹⁸ *Ibid.*, p. 10-11.

fundamentalmente, não se desocupa daquilo que se oculta sob o *logos*, que é a singularidade ou, propriamente, o elemento hermenêutico que sustenta o discurso¹⁹. Trata-se, portanto, de um constante movimento entre os dois lados do discurso - o hermenêutico e o apofântico -, em um constante processo de velamento e desvelamento. É, enfim, a ocupação com esses dois aspectos da linguagem, o fator determinante para distinção entre a filosofia analítica e a fenomenologia hermenêutica²⁰, que o Direito como ciência interpretativa não pode perder de vista. Nesse movimento no interior da filosofia e que atinge visceralmente o Direito, a linguagem deixa de ser instrumental, para ser condição de possibilidade do mundo e do próprio sujeito, de maneira que não há sentidos desindexados da cadeia de significantes²¹.

Foi Heidegger quem desenvolveu essa concepção de maneira original, conferindo um caráter fundamental para a existência em sua “hermenêutica da facticidade”. Para Heidegger, o homem enquanto Ser-aí (*Dasein*) está condicionado por suas próprias experiências e, por isso, o privilégio do tipo ôntico-ontológico, do qual se afirma que, entre todos os entes, só os homens existem e compreendem o ser²².

O pensamento de Heidegger dá início a uma questão nova, consistente na pergunta pelo sentido do ser e o seu deslocamento para a compreensão do tipo ontológico-existencial, isto é, sobre o mundo de experiências que precede a relação entre o homem e as coisas. Assim é que a compreensão e o sentido do ser compõem a existência, implicando uma estrutura (pré-compreensiva) temporal do Ser-aí que projeta possibilidades de sentidos e que garante a circularidade hermenêutica.

Como descreve Stein, é essa fenomenologia do *Dasein* de Heidegger que se liga a hermenêutica filosófica de Gadamer, especialmente o segundo

¹⁹ STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. p. 55-56.

²⁰ *Ibid.*, p. 56.

²¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 226.

²² “Didaticamente, podemos dizer: o fato de podermos dizer que algo é, já pressupõe que tenhamos dele uma compreensão, ainda que incerta e mediana. E mais! Só nos relacionamos com algo, agimos, direcionamos nossas vidas na medida em que temos uma compreensão do ser. Ao mesmo tempo, só podemos compreender em nossa facticidade”. *Ibid.*, p. 240.

Heidegger, o da história do ser. A hermenêutica, mais do que a interpretação da condição fática do ser humano, é também a soma de todos os elementos históricos e culturais enraizados na existência humana. Logo, são esses elementos que passarão a constituir a experiência hermenêutica gadameriana, pois desde sempre somos determinados por fatos históricos que constituem nossos projetos de compreensão, os quais, por um lado, embora limitem a compreensão, por outro também figuram como a alavanca do compreender e do acontecer da verdade²³.

Definitivamente, o acontecer da verdade não depende de uma metodologia de cunho lógico-analítico, do tipo proposicional-descritivo (sujeito-objeto); aliás, a revelação da verdade é um processo eminentemente existencial, histórico e intersubjetivo, que em um movimento de velamento e desvelamento não se orienta pela subjetividade, mas pelo mundo vivido²⁴ que constitui nosso saber experiencial linguisticamente apreendido. Por isso é que não há como apostar no desenvolvimento válido e legítimo de qualquer prática doutrinária e jurisprudencial que trazem no cerne de seus discursos ônticos e autoritários, a cisão entre direitos humanos e fundamentais, a preservação da soberania formal e da autonomia legislativa em detrimento da história de nosso constitucionalismo e das obrigações consagradas na própria Constituição.

A hermenêutica sob a tradição da linguagem rompe com a ideia de um prévio universo formal e verdades dependentes de padrões finitos²⁵ para reivindicar a implicação do todo (história, cultura e a tradição) no operar na compreensão²⁶. Nessa circularidade é que se projeta a verdade do que é dito, do que sempre se compreende enquanto se compreende o todo e, por consequência, nos compreendemos²⁷, daí a superação do esquema sujeito-objeto, pois desde sempre se está inserido linguisticamente nessa estrutura que projeta os sentidos.

Assim, se o conhecimento não vem antes do compreender e se a linguagem passou a ser condição de possibilidade do próprio filosofar, tornou-

²³ STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. p. 69-72.

²⁴ Expressão usada por WITTGENSTEIN, L. **Os pensadores**. São Paulo, Nova Cultural, 1991.

²⁵ STEIN, op. cit., p. 37.

²⁶ Ibid., p. 42.

²⁷ Ibid., *loc. cit.*

se forçoso afirmar que o próprio conhecimento só ocorre na linguagem²⁸. Com o deslocamento da compreensão para o mundo prático de experiências linguísticas do ser humano que precedem qualquer objetivização, a hermenêutica passou então a ser de epistemológica à ontológica, condição de possibilidade do próprio conhecimento.

A tarefa da hermenêutica (filosófica) se alinha como possibilidade de se estabelecer a racionalidade de uma verdade e de um discurso que não podem ser provados empiricamente, nem através de um fundamento último²⁹, mas que se apresentam como revelação do pertencimento a uma tradição, atuando sobre nossa historicidade e finitude e orientando a circularidade hermenêutica no projeto de sentidos. Ainda que esses projetos sejam compostos de pré-juízos (autênticos ou inautênticos), é a consciência hermenêutica e a circularidade produtiva da compreensão que garantirão a sua contínua possibilidade de revisão.

Por isso é que Gadamer, na esteira de Heidegger, a partir da estrutura da compreensão, vai dizer que a linguagem é condição de possibilidade do ser que pode ser compreendido, horizonte aberto e estruturado³⁰. Assim, tanto a compreensão como o objeto hermenêutico são determinados pela linguagem em um constante (re)projetar, no qual os conceitos prévios são progressivamente substituídos por outros mais adequados³¹. Essa, pois, é tarefa constante da compreensão, atuar permanentemente na mediação dos horizontes da objetividade relativa do presente (distância) e o da tradição (pertencimento) que compõem nossa experiência hermenêutica.

A verdade para a hermenêutica é uma questão crucial, é um acontecer linguístico e, como tal, universal, daí a complexidade da afirmação de que *o ser que pode ser compreendido é linguagem*³². Por outro lado, a pretensa verdade auferida metodicamente é uma verdade fabricada pelo sujeito (intérprete), que

²⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 223.

²⁹ STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. p. 45.

³⁰ STRECK, op. cit., p. 246.

³¹ Ibid., p. 262-263.

³² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 12. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2012. p. 612.

traduz, no máximo, uma ciência do *ente*³³, aliás, como em geral acreditam os partidários da filosofia analítica³⁴ entre os quais, em regra, situam-se os positivistas. Nessa linha, não há comprometimento com o nível hermenêutico ou antipredicativo, apenas com a legitimação procedimental, um dos traços característicos do positivismo normativista kelseniano.

Como afirma Grondin, o acento na máxima de Gadamer “ser que pode ser compreendido é linguagem”, deve ser colocado no “pode”, pois a compreensão, condicionada na e pela linguagem deve ser capaz de realizar conjuntamente todo o conteúdo da linguagem para chegar ao seu ser, a qual ela mesma ajuda a expressar³⁵. Qualquer atribuição de sentido está inexoravelmente ligada à pré-compreensão antecipadora, de maneira que o acesso aos objetos sempre se dá mediado pela linguagem, de maneira que o ser humano só é detentor do *logos* porque seu acesso ao mundo se dá via sentido, via significado, via conceitos, via palavras, via linguagem³⁶, a linguagem é o mundo.

Na realidade, a ontologização da hermenêutica pela linguagem condicionou qualquer forma de conhecimento, inclusive, para as metodologias tradicionais de conhecimento em que o sujeito está de fora para que possa manipular o objeto. O objetivo da hermenêutica não é diretamente discutir o caráter científico das metodologias tradicionais, mas submeter os sentidos a uma instância crítica e estrutural, ao nosso modo-de-ser-no-mundo, a uma verdade que não acontece metodicamente, mas que se condiciona no mundo prático³⁷, dando conta da finitude e historicidade nesse mundo objetivado.

³³ STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. p. 75.

³⁴ O embate filosófico entre Analíticos e Continentais, atravessa a discussão entre a filosofia analítica e a hermenêutica, como descrevem Ernildo Stein em **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: Edipucrs, 1996 e Franca D’Agostini em **Analíticos e continentais**. Coleção Ideias. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.

³⁵ GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos (Col. Focus): 1999. p. 200.

³⁶ STEIN, op. cit., p. 14-17.

³⁷ “Que não se confunde com razão prática que vem desde a filosofia aristotélica e retomada por Kant, onde ambas criaram uma barreira que separa filosofia teórica da prática e nenhum deles conseguiu explicar como a filosofia teórica pode determinar a filosofia prática e vice-versa”. Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas*. In: **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 154.

O aprisionamento da realidade em um mundo não real (ou surreal), o mundo dos conceitos sem coisas, das respostas antes (ou sem) das perguntas, das verdades procedimentais e ahistóricas, do pragmatismo, são os efeitos colaterais da filosofia analítica. As práticas ou modelos interpretativos dominantes nessa racionalidade não se comprometem com o mundo prático-hermenêutico, onde o ser humano acontece e onde, dentro de um determinado contexto cultural ou histórico, se materializa o significado de algo enquanto algo.

Como diz Fernández-Largo, a hermenêutica questiona as fronteiras do positivismo: domínio absoluto do método, redução da cientificidade à verificabilidade das proposições jurídicas como uma concordância entre vontade do legislador (ou da lei) e a separação absoluta entre subjetividade e objetividade, entre história e os dogmas jurídicos³⁸, os quais não abarcam todo o âmbito do conhecimento do/no Direito.

No fundo, a crítica se valida em uma necessária reontologização do Direito, pois não se pode olvidar que o acesso aos objetos sempre é precedido de um processo interpretativo complexo e tensionado entre a experiência (hermenêutica) e a objetivação (lógica) do mundo. Como diz Streck, antes do significado, há a necessidade de uma experiência capaz de dotar de elementos para ter acesso aos sentidos de seus significados³⁹ e que estruturam os projetos de sentido, enfermidade incurável das “verdades” semântico-formais. A dupla estrutura do discurso⁴⁰ é de reconhecimento inarredável.

O ponto de partida para romper com a racionalidade autoritária é reconhecer que linguagem não é um produto de uma subjetividade assujeitadora, que se satisfaz no nível apofântico (lógico) do conhecimento em detrimento da totalidade existencial do ser-humano. Por isso, para a

³⁸ FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. **Hermenêutica jurídica**: en torno a la hermenéutica de Hans-Georg Gadamer. Valladolid: Secretariado de Publicaciones da Universidad de Valladolid, 1992. p. 123.

³⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 265 *et seq.*

⁴⁰ “Essa dupla estrutura é designada por Heidegger de ‘como hermenêutico’ que traduz o nosso mundo prático e nossa compreensão (experiência) e de ‘como apofântico’ que se refere ao discurso explicativo acerca de nossa compreensão”. HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo I**. v. 1. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 216.

hermenêutica (filosófica), não há subsunções ou deduções, pois essas práticas que orientam as metodologias convencionais se satisfazem na mera explicitação-discursiva, abstraindo qualquer antecipação compreensiva, como se por trás dos conceitos não existisse *nada*. Todavia, paradoxalmente, o *nada* esconde o *tudo* (o não dito).

O filósofo Manfredo de Oliveira sintetiza muito bem a questão quando diz que a pergunta pelas possibilidades do conhecimento confiável – típico da filosofia moderna - se transformou na pergunta pelas condições de possibilidade de sentenças intersubjetivamente válidas a respeito do mundo⁴¹, as quais necessariamente vão exigir reflexão sobre sua infraestrutura linguística⁴².

Nessa realidade é que a hermenêutica de Gadamer será fundamental para a mudança de perspectiva. O modo-de-ser dialógico da compreensão rompe com os argumentos de autoridade e com o privilégio metódico de aferição da verdade. Isso porque, consagrando todos os pressupostos hermenêuticos já apresentados buscará estabelecer um modo de reflexão no encontro com o *outro*, capaz de mergulhar o sujeito na comunidade linguística na realização do próprio perguntar. A primazia da pergunta aparecerá como o *start* de qualquer reflexão hermenêutica, na medida em que denuncia a antecipação de sentido e projeta o intérprete em um jogo, por ele não-arbitrado, em direção ao encontro com *coisa mesma*⁴³. A pergunta dialógica, portanto, perfura a obviedade do dito em busca das estruturas que orientam o sentido (o não-dito) e que, por consequência, estabelecem o horizonte da resposta.

Na busca por perguntas adequadas que possam determinar respostas conteudísticas ou enraizadas ontologicamente é que se reivindica o pensar no horizonte da hermenêutica filosófica, através da compreensão antecipadora

⁴¹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006. p. 13.

⁴² *Ibid.*, *loc. cit.*

⁴³ Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 12. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2012. p. 473 *et seq.*; MORATALLA, Agustin Domingo. **El arte de poder no tener razón: la hermenéutica dialógica de H.G. Gadamer**. Salamanca: Publicaciones Universidade Pontifica de Salamanca, 1991. p. 126 *et seq.*

(modo-de-ser-no-mundo⁴⁴). Por isso é que o diálogo hermenêutico-gadameriano se apresenta como capaz de proporcionar, sem recair em discussões semântico-formais, discricionariedades e múltiplas respostas⁴⁵, novos horizontes para a compreensão do papel normativo dos tratados internacionais de direitos humanos no constitucionalismo brasileiro.

A comunidade jurídica precisa refletir de forma mais profunda, para além do dito, sobre qual o significado da revolução do Direito Constitucional iniciada no século passado, especialmente em razão do surgimento das Constituições compromissárias e dirigentes⁴⁶. Há uma clara orientação para e pelos Direitos Humanos, dos quais os poderes estatais, no Estado Democrático de Direito, não podem se apartar.

Sabidamente, o Direito no Brasil sofre de um déficit hermenêutico-constitucional que atravessa desde a academia até a prestação jurisdicional, inclusive, a própria jurisdição constitucional. São todos, em regra, reféns de um modelo liberal-individualista-patrimonialista de Direito baseado em teorias ultrapassadas, recepções equivocadas, metodologias antiquadas, no modo pragmático de ensino - calcado em repertório jurisprudencial, em doutrinas que repetem verbetes e ementários (a doutrina que não doutrina⁴⁷).

O discurso dialógico-hermenêutico, com seu rasgo pré-metodológico, buscará reorientar ou ontologizar a compreensão e as possibilidades epistêmicas dos direitos humanos fora do paradigma positivista-normativista. O diálogo (hermenêutico) se estabelecerá como reflexão filosófica e condição de possibilidade da crítica ao dogmatismo dicotômico entre direito interno-internacional, direitos humanos e fundamentais, a afirmação procedimentalista da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e aos discursos causais-

⁴⁴ Streck refere-se a tais expressões como o salto gadameriano, em alusão a sua grande contribuição para a hermenêutica filosófica. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 13.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 3.

⁴⁶ Na linha de CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

⁴⁷ Cf. Lenio Streck em **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

explicativos da doutrina acerca do *status* hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil.

Por isso, o fio condutor da pesquisa aposta na hermenêutica filosófica de Gadamer como caminho (método de abordagem) capaz de resgatar dentro de um compromisso linguístico e na interpelação dialógica, o horizonte histórico e a singularidade dos conceitos, visando a atingir um nível de abertura horízontica capaz de proporcionar novas expectativas de sentido. Dessa maneira é que se buscará, além de revelar os equívocos dos discursos descontextualizados do mundo prático, ahistóricos e acríticos de caráter hierárquico-normativista sobre os direitos humanos, um novo olhar constitucional e conteudístico sobre a temática.

De forma correlata à metodologia de abordagem, adotou-se como metodologia procedimental, o método histórico, para melhor descrever panoramicamente a problemática que motivou a pesquisa e, por consequência, para se estabelecer criticamente o liame teórico da relação entre direito interno e internacional e sua direta repercussão para a interligação entre direitos humanos e fundamentais tendo como ponto de aproximação a Constituição, materialmente compreendida. Também, utilizou-se o método comparativo, com a finalidade de observar e analisar os elementos comuns que caracterizam, na doutrina e na jurisprudência, a racionalidade hierárquico-normativista, bem como para se estabelecer traços distintivos entre variadas espécies de diálogo e o diálogo hermenêutico. Ainda, adotou-se o método monográfico, pois dirigido o trabalho ao estudo de um tema específico e adequadamente delimitado, uma vez aprofundado reflexivamente, se buscará proporcionar um parâmetro teórico relevante e abertamente produtivo para à análise de casos semelhantes⁴⁸.

A técnica de pesquisa empregada é predominantemente bibliográfica, embora tenha se socorrido em parte de uma pesquisa empírica jurisprudencial. A pesquisa bibliográfica em quaisquer de seus suportes, físicos e eletrônicos⁴⁹, foi utilizada tanto para descrever criticamente o estágio contemporâneo do

⁴⁸ Cf. VENTURA, Deyse. Do Direito ao Método e do Método ao Direito. In: CERQUEIRA, Daniel; FRAGALLE FILHO, Roberto (orgs.). **O ensino jurídico em debate**: o papel das disciplinas propedêuticas na formação jurídica. Campinas: Millenium Editora, 2006. p. 278-279.

⁴⁹ LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 166.

imaginário jurídico ainda dependente de um modo formal de interpretação, como também para, sob novos horizontes teóricos, contribuir para construção de outra racionalidade (epistemológico-hermenêutico) para a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil. A pesquisa jurisprudencial, em particular, exercerá estritamente o papel de evidenciar que um setor predominante do Direito, aquele responsável por um número representativo das decisões judiciais tem uma importante parcela de contribuição para o paradigma hierárquico-normativista que se quer excetuar. Ou seja, não é objetivo discutir o modo de decidir dos casos concretos analisados, mas extrair elementos para a conformação da realidade tida como dominante. Por essa razão, analisar-se-á focadamente algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, como instrumento empírico para o “delineamento ou caracterização fática” da referida postura interpretativa⁵⁰.

Mediante o uso da ferramenta de busca eletrônica disponível no site do STF (pesquisa de jurisprudência) e a partir do lançamento das expressões “tratados internacionais + direitos humanos” e/ou das expressões “convenção internacional + direitos humanos” foram de 11 (onze) acórdãos até 01/09/2014. E, em uma breve análise da jurisprudência consolidada no plenário do Supremo Tribunal Federal a partir do ano de 1988, marco do processo de redemocratização do Brasil e do exigível compromisso efetivo (material) com o processo de afirmação dos direitos humanos, até 2008, o ano em que se firmou o “novo” entendimento sobre o *status* normativo dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil. Optou-se, estrategicamente pela pesquisa baseada em decisões proferidas em sessões plenárias, pois em larga medida, constituem-se naquelas que pautaram as decisões monocráticas e das turmas, em razão da amplitude do debate pelo colegiado de Ministros e do direcionamento da jurisprudência no âmbito do próprio Supremo e demais tribunais pátrios.

Realizada a justificação sobre o eixo metodológico da investigação, passar-se-á a apresentação da estrutura da tese e seu respectivo plano de trabalho. A pesquisa está organizada em duas partes, cada qual composta de

⁵⁰ LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 170.

dois capítulos. A primeira parte poder-se-ia dizer como sendo mais descritiva e crítica, e a segunda parte como mais propositiva.

No primeiro capítulo procurar-se-á primeiramente fazer uma análise da razão de ser dos direitos humanos no constitucionalismo pós-Segunda Guerra com a finalidade de demonstrar a necessária imbricação de ambos. Da mesma forma, buscar-se-á evidenciar a dificuldade da afirmação dos direitos humanos em razão da dicotomização entre direito internacional e direito interno, com direta repercussão na cisão entre direitos humanos e direitos fundamentais, denunciando-os como um efeito colateral dos discursos hierárquico-normativistas como racionalidade formal e autoritária⁵¹.

Diante desse cenário, ainda no mesmo capítulo, porém em sua segunda seção, pretender-se-á demonstrar o enraizamento desses discursos autoritários na questão do tratamento dispensado aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos pós-Constituição de 1988. Nessa seção, a partir de critérios de tempo e caracteres previamente estabelecidos, realizar-se-á uma esmiuçada análise da jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre o tema do tratamento hierárquico empregado nos tratados e convenções internacionais de direitos humanos. Assim, também será possível a identificação dos principais aspectos das correntes defendidas nos julgados que serão analisados (hierarquias legal, constitucional e supralegal)⁵².

A finalidade será situar o tratamento hierárquico e identificar eventual evolução ou mudança nos argumentos das correntes defendidas pelos Ministros ao longo do tempo, antes e pós-EC nº 45/2004 na jurisprudência do plenário do STF. Isso porque, é a partir da mencionada emenda constitucional que houve uma modificação na jurisprudência do tribunal com a adoção da tese

⁵¹ A racionalidade formal e autoritária criticada ao longo da tese em larga medida é tributada ao(s) positivismo(s), em particular, ao normativismo de Kelsen, contudo, em nenhum momento se acusará Kelsen como sendo um autoritário, mesmo porque trata-se de um dos pensadores jurídicos mais influentes do século XX sobre temas como Direito, Estado, Democracia, Justiça e Jurisdição Constitucional. A crítica se dirige ao positivismo (normativista) que, por não ter superado a relação sujeito-objeto, facilita ou mascara a adoção de práticas ideológicas autoritárias (e distorcidas) na produção do discurso e no manejo do Direito ainda nos dias de hoje. Aliás, muitas vezes, praticados por aqueles que sequer compreenderam adequadamente o pensamento de Kelsen, mas que, porém, se intitulam como não-positivistas ou mesmo como pós-positivistas.

⁵² A tese da supraconstitucionalidade foi apenas referenciada pelos Ministros do STF como experiência do direito comparado.

da supralegalidade para os tratados internacionais de direitos humanos que não tenham se submetido ao novo rito constitucional. Porém, com base nisso, analisar-se-á se, de fato, tanto a EC nº 45/2004 como o entendimento que passou a ser adotado pelo STF representando uma evolução em termos de pensamento jurídico e de afirmação do compromisso com os direitos humanos.

Ao fim, conjugando as inovações da EC nº 45/2004 e o novo posicionamento do STF, proceder-se-á uma crítica direcionada à passividade doutrinária e à ausência de uma melhor análise hermenêutica sobre a temática dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no Brasil, já preparando a abordagem do capítulo subsequente.

No segundo capítulo, considerando eventuais insuficiências legislativas e jurisprudenciais, ao alvedrio de uma crítica qualificada e de uma letargia doutrinária sobre o tema, empreender-se-á uma reflexão sobre o reducionismo da ideia de autonomia constitucional quando a Constituição é vista apenas pela superioridade hierárquica (formal). Com efeito, realizar-se-á uma reflexão sobre as possíveis limitações normativas (interpretativas) dos discursos hierárquico-formalistas no que diz respeito aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, considerando o cenário de crescente interação entre o direito constitucional e o direito internacional.

Diante dessa realidade, algumas propostas doutrinárias apareceram como um possível raiar de novos horizontes para o tema da inter-relação entre direito interno e internacional e em grande parte baseadas no discurso dos direitos humanos. Então, na parte final do primeiro capítulo, estarão em foco algumas propostas teóricas que se valem da expressão “diálogo” para defendê-lo como alternativa “metodológica” à problemática. Em regra, essas propostas defendem a aproximação de fontes e sistemas de Direito mediante o estabelecimento de relações interjurisdicionais entre os Tribunais Nacionais e as Cortes Internacionais para o aprimoramento jurisprudencial interno, bem como instrumento de avanço teórico em direitos humanos.

Logo, com o objetivo de esclarecer que espécie de *diálogo* (hermenêutico) falar-se-á na sequência do trabalho, analisar-se-ão as principais propostas daqueles outros “diálogos”, defendidos pela doutrina

nacional e estrangeira. O propósito não será desqualificá-las como propostas ou teses, mas destacar seus principais aspectos distintivos e possíveis dificuldades em razão da reflexão hermenêutica (dialógica).

Na segunda parte do trabalho, após uma descrição crítica dos principais aspectos que cercam o problema, iniciar-se-á a apresentar a proposta de uma nova racionalidade, de caráter estruturante, para o seu adequado enfrentamento.

Assim, no terceiro capítulo reivindicar-se-á uma nova forma de pensar o problema a partir dos diálogos, ou melhor, da hermenêutica de Hans-Georg Gadamer, aos quais se denominou ao longo do trabalho como “diálogos hermenêuticos” em contraposição ao que será debatido no final do capítulo precedente. Durante esse capítulo apresentar-se-ão os principais aspectos constitutivos da hermenêutica filosófica em Gadamer, procurando-se destacar a produtividade da reflexão nesse paradigma em detrimento da racionalidade formal e autoritária dominante no Direito e que impacta o tema dos Direitos Humanos no constitucionalismo brasileiro. Em destaque, o papel da pergunta dialógica como determinante (estranhamento) para o encontro ontológico com a *coisa mesma*, um encontro além do dito ou da obviedade dos discursos lógicos, para o acontecimento de verdades compartilhadas e consentâneas.

Após, mergulhados nesse modo-de-ser hermenêutico-dialógico, no último capítulo propugnar-se-ão novas perspectivas epistêmicas de exceção à racionalidade formalista dispensada aos direitos humanos como produto de uma reflexão dialógica do tema. Nessa nova paisagem, observar-se-ão novas possibilidades de aproximação de fontes e sistemas da Direito, inclusive para a relação (conteudística) entre direitos humanos e direitos fundamentais. Em consequência, uma vez desvelada a questão da discussão hierárquico-normativista do status jurídico dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, debater-se-á a possível inconstitucionalidade parcial da EC nº 45/2004 no que concerne a introdução do § 3º no art. 5º da Constituição Federal.

Encerrando o capítulo, buscando afirmar o caráter constitutivo e autônomo de Constituição para além da discussão hierárquica e formal,

defender-se-á também uma nova visão (hermenêutica) para a compreensão da noção de bloco de constitucionalidade como expressão normativo-material da relação entre Constituição e Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Em sede de conclusão, realizar-se-á um apanhado dos principais objetivos alcançados no trabalho e, a partir da reflexão hermenêutico-dialógica sobre a normatividade constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, buscar-se-á fixar as novas premissas compreensivas auferidas da interrelação entre Constituição e Direito Internacional (tratados) para culminar com a defesa da noção de bloco de constitucionalidade, as quais, todas, ante o caráter sempre precário das verdades hermenêuticas, estarão abertas estruturalmente a uma próxima pergunta dialógica.

2 O ESTADO D'ARTE DOS DIREITOS HUMANOS E AS DIFICULDADES HERMENÊUTICAS NO/DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

2.1 ALGUMAS DEFINIÇÕES PRELIMINARES

As concepções (dominantes) em Direito no Brasil ainda não conseguiram superar a hierarquia formal e a centralidade estatal na produção da normatividade, nem a ideia de autossuficiência circular do Direito e a onipresença da Lei em face da Constituição. Para a teoria dos direitos humanos isso tem sido fator determinante para a dependência formal e subjugada dos instrumentos internacionais e para a sua redução a um caráter meramente axiológico, logo, com graves problemas interpretativos (e produtivos) que contaminam o florescer dos compromissos constitucionais do Brasil. Esse cenário de baixa constitucionalidade tem permitido, além de tudo, que o Direito seja fragilizado interna e externamente por pretensões subjetivistas dos intérpretes e pelos desvios políticos, pragmáticos e de conveniência, muitas vezes facilitadas pela própria deficiência, insuficiência e omissão da doutrina jurídica, em especial, sobre a temática dos direitos humanos.

Assim, a condição de baixa (pré)compreensão sobre a ideia de Constituição, desconsiderando a sua normatividade multifacetária, o papel da jurisdição constitucional e mesmo do Direito e do Estado nesse atual momento do Constitucionalismo Contemporâneo, não permite ao intérprete se autonomizar das velhas práticas interpretativas e das ultrapassadas premissas do dogmatismo liberal-individualista. Nisso, a Constituição, ao que tudo indica, parece ser apenas mais uma Lei ao lado das demais leis infraconstitucionais e, talvez por isso, não consigam os intérpretes observar a diferença entre vigência e validade, entre texto e norma e, no tema em questão, por consequência, de subjugar ou buscar equivaler os tratados internacionais de direitos humanos⁵³

⁵³ Ao longo do presente trabalho adotar-se-á a expressão “tratados internacionais de direitos humanos” por identificar-se com aquela contida no art. 5º § 2º da Constituição Federal de 1988, e também pelo caráter geral da expressão em razão do conceito adotado na Convenção de Viena (art. 2º, I, a) e do qual o Brasil é parte ratificante (cf. Decreto nº 7.030,

ao nível infraconstitucional. A objetificação do ser da Constituição, portanto, é um efeito colateral desse cenário de baixa constitucionalidade do imaginário jurídico brasileiro.

Dentro dessa realidade, se pode identificar que existe um véu que esconde a realidade democrática e inspiradora da construção do verdadeiro Direito, isto é, que obscurece a razão hermenêutica que deveria instruir a sua adequada compreensão. Não querendo fragmentar, mas apenas delimitar o âmbito de análise, já que se trata de um fenômeno que domina o imaginário dos juristas, importa, em particular, o tratamento dispensado pela doutrina e pela jurisprudência nacionais acerca dos tratados internacionais de direitos humanos, o que, no mais das vezes, voluntária ou involuntariamente, bloqueia sua eficácia lançando mão de medidas políticas de conveniência e interpretações jurídicas baseadas em argumentos hierárquico-normativistas.

A herança de algumas premissas do positivismo, particularmente aquelas havidas do positivismo normativista de Kelsen no século XX, ainda dominam o pensamento contemporâneo. A ideia de que tudo que é jurídico é norma, aprisionou o conceito de Direito dentro do normativismo⁵⁴ e, por consequência, a legitimidade do Direito se encontrou imersa no escalonamento piramidal-normativo e da presença do Estado como única fonte racional de onde ele emana⁵⁵. Não se pode esquecer, pois, que para *Kelsen las fuentes jurídicas son siempre directamente vinculantes, las no jurídicas no lo son hasta que una forma jurídica positiva no las reconoce como fuentes del Derecho*⁵⁶. É onde, fundamentalmente, a doutrina teria um papel secundário-dedutivo-explicitativo ou propositivo do direito positivo.

Aliás, uma consequência que também em larga medida pode ser tributada ao positivismo de Kelsen, advém da influência da cisão entre Direito e Ciência sobre o seu conceito de interpretação. Conforme já destacado, a

de 14 de dezembro de 2009): “*Tratado* significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, **qualquer que seja sua denominação específica**”. (grifo nosso).

⁵⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, *passim*.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 246 *et seq.*

⁵⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **El desbordamiento de las fuentes del derecho**. Madrid: La Ley, 2011. p. 21.

interpretação em Kelsen tem duas faces: a interpretação como ato de vontade e a interpretação como ato de conhecimento, sendo que a maior preocupação se encontra na primeira (ato de vontade), quando o intérprete no momento de sua aplicação produz normas. E, nesse processo, diante da mobilidade semântica, é que exsurge o problema da discricionariedade, ainda muito presente no imaginário jurídico contemporâneo⁵⁷.

Assim, ainda que o objeto da ciência jurídica sejam as normas, a ciência, em si, não produz norma. Ela somente produz proposições a respeito de normas e por isso, o objeto de sua epistemologia jurídica se apresenta exclusivamente dado pelo sistema de normas jurídicas, garantindo assim um modelo de interpretação e objeto da ciência, sua especificidade e autonomia frente a outros sistemas⁵⁸.

Em Kelsen a relação entre as normas é tratada na perspectiva de um ordenamento jurídico, ainda que o tema do ordenamento jurídico tenha sido instrumentalmente empregado nas análises sistemáticas do século XIX⁵⁹. Logo, o ordenamento jurídico era, conforme narra Bobbio, quando muito, um conjunto de muitas normas, mas não um objeto autônomo de estudo⁶⁰.

Porém, o grande motivo dessa modificação de compreensão no século XX é a presença de um elemento novo, as Constituições:

[...] as análises sistemáticas do século XIX, ficavam restritas ao direito privado, orbitando em torno dos problemas da codificação

⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 33.

⁵⁸ ABBOD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 285-286.

⁵⁹ Por oportuno, a visão escalonada e dedutivista da ordem jurídica já era observada por Adolfo Merkel a partir de sua análise acerca das relações de subordinação e coordenação nos âmbitos da justiça e da administração dentro do ordenamento jurídico. Para Merkel, o ordenamento jurídico representava uma hierarquia, uma série escalonada de manifestações jurídicas, na forma de preceitos jurídicos (Constituição, leis, portarias e atos individuais). Desta hierarquia entre as formas dos preceitos jurídicos, o primeiro sempre rege o segundo e o determina, assim como também condiciona uma hierarquia entre os órgãos estatais⁵⁹. Merkel, da mesma maneira que Kelsen observava uma relação de validade/fundamentação hierárquica entre a Constituição e o restante da ordem interna e de produção do direito. Cf. MERKL, Adolfo. **Teoría general del derecho administrativo**. México: Editora Nacional, 1927. p. 52-53; 227.

⁶⁰ Cf. BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 174 et seq.; KELSEN, Hans. **El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho**. Madrid: Editorial Reus, 2009.

do direito civil, e não precisavam lidar com o problema da relação deste mesmo código civil com uma Constituição, por exemplo. Essa relação entre Constituição e direito infraconstitucional é algo próprio das teorias jurídicas produzidas no continente europeu na primeira metade do século XX. A de Kelsen, certamente, é a mais importante, tanto pela acurada estrutura científica quanto por ter produzido maior número de seguidores e críticos⁶¹.

Em outras palavras, como destaca Kelsen, “el grado supremo de un orden jurídico está formado por la Constitución, cuya función esencial consiste en determinar los organos y el procedimiento de la creación de normas jurídicas generales, es decir, de la legislación”⁶².

Conforme se observa, se trata de um escalonamento que se movimenta pela determinação da validade da norma inferior tomando em consideração a norma imediatamente superior e assim sistemática e dedutivisticamente, até a individualização das normas gerais pelos tribunais e autoridades administrativas⁶³, característica qualificada por Kelsen como a “dinâmica jurídica”. Essa adequação baseia-se em uma perspectiva formal de procedimento e não de conteúdo: a norma inferior é válida na medida em que obedece ao procedimento estabelecido na norma superior, seu ponto de unidade⁶⁴.

Nesse cenário, enfim, a Constituição tem apenas um papel procedimental, isto é, de determinar os órgãos e o procedimento da atividade legislativa, delegando ao próprio legislativo o conteúdo das leis⁶⁵ que exsurge, o que aqui epitetou-se de racionalidade hierárquico-normativista com todos os problemas inerentes da teoria de Kelsen para o Constitucionalismo e o Direito Contemporâneos.

⁶¹ ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 287.

⁶² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 69.

⁶³ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁶⁴ “A norma hipotética fundamental seria o ponto de unidade do ordenamento jurídico. Durante toda a sua vida, o tema foi o maior problema teórico de Kelsen, uma espécie de fundamento ficcional útil, uma espécie de fundamento do fundamento”. Cf. ABBOUD, Georges [et al.], *op. cit.*, p. 289.

⁶⁵ KELSEN, *op. cit.*, p. 68-69.

Sob outro viés, a norma (ser), enquanto produto interpretativo de um texto (ente), no âmbito da filosofia analítica, mais propriamente em Kelsen, é um ente à espera de um ser (sentido) atribuído pelo intérprete, demonstração básica de sua dependência da relação sujeito-objeto. Todavia, para a hermenêutica, texto e norma não se separam, sua diferença é meramente ontológica, isto é, a normatividade nesse contexto é algo estranho que precisa ser trazido a normalidade do mundo, a fim de que se obtenha o sentido dentro da mundanidade como fenômeno histórico. Esse caminho percorrido pela experiência engloba (funde) a tradição do intérprete, seus preconceitos e o contexto do texto. Por isso é que, com base em Heidegger, Streck vai dizer que “o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser. Não há ser sem ente!” A norma (que é produto da atribuição de sentido a um texto) “não é uma capa de sentido a ser acoplada a um texto “desnudo””⁶⁶ que admite a manipulação de seus resultados.

Após o giro ontológico-linguístico⁶⁷ no horizonte da pré-compreensão, se reúnem (fundem) diferentes histórias políticas e culturais que esse tipo de racionalização metodológica não alcança, portanto cabe à hermenêutica filosófica a recuperação dessas estruturas veladas e/ou perdidas na objetividade do cotidiano científico e mascaradas pela subjetividade do intérprete.

O caráter circular (e produtivo) da compreensão hermenêutica é responsável por garantir a constante avaliação da experiência histórica do sujeito e do objeto da compreensão através da linguagem, como um permanente teste de validação – de coerência e integridade - do processo interpretativo do/no Direito. Aliás, assim é que a hermenêutica pode ser afirmada como antipositivista, por reivindicar uma estratégia intelectual de

⁶⁶ Cf. STRECK, Lenio Luiz. Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, v. XLVI, 2006. p. 62.

⁶⁷ Entendido aqui, a partir de Lenio Streck, como diferente das pretensões analíticas, esse giro – invasão que a linguagem promove no campo da filosofia – transfere o próprio conhecimento para o âmbito da linguagem, onde o mundo se descortina; é na linguagem que se dá a ação; é na linguagem que se dá o sentido (e não na consciência do sujeito intérprete). STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 224.

índole ontológica do compreender⁶⁸, a qual as metodologias positivistas do conhecimento que pregam a neutralidade e a objetividade típicas da tradição ocidental não conseguem alcançar.

Isso quer dizer que muitas concepções contemporâneas e pós-Segunda Guerra atreladas às ideias hierárquico-normativistas kelsenianas, ainda se fazem presentes e condicionam a compreensão (inadequada) dos direitos humanos e das promessas do constitucionalismo democrático. Nem mesmo aqueles que se autodenominam neoconstitucionalistas ou pós-positivistas são capazes de refletir sobre a contradição entre as premissas teóricas que usam e os objetivos que querem defender. Por exemplo, defendem os direitos humanos, mas ainda teorizam sobre a dicotomização formalista (positivista) com os direitos fundamentais; falam de princípios, mas não abrem mão da discricionariedade; falam de internacionalização do Direito, mas tratados internacionais de direitos humanos precisam ser recepcionados procedimentalmente pelos Estados ou precisam ser validados (hierarquia inferior) formalmente pela Constituição e assim por diante. Portanto, é forçoso concluir que dentro dessa realidade, a Constituição é subutilizada perante a aquilo que poderia contribuir para a transformação da realidade social, para a adequada compreensão acerca de sua normatividade jurídica e a tarefa autônoma do Direito na atualidade.

A partir disso, a tarefa que se impõe é no sentido de demonstrar a necessidade de se desconstruir a realidade reinante para (re)significar a compreensão das (novas) fontes e espaços de atuação e produção da densidade e normatividade jurídicas. E nesse contexto, a adequada compreensão de Constituição será o elemento nuclear e material para a internacionalização do Direito e a constitucionalização do Direito Internacional via tratados internacionais de direitos humanos a fim de potencializar novas possibilidades conteudísticas (novos horizontes e parâmetros hermenêuticos) em sede de direitos humanos no Brasil.

⁶⁸ FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. **Hermenéutica jurídica**: en torno a la hermenéutica de Hans-Georg Gadamer. Valladolid: Secretariado de Publicaciones da Universidad de Valladolid, 1992. p. 121.

2.2 A RAZÃO DE SER DOS DIREITOS HUMANOS PÓS-SEGUNDA GUERRA: ENTRE A AFIRMAÇÃO E AS DIFICULDADES DA DUALIZAÇÃO INTERNO-INTERNACIONAL

A essência axiológica dos direitos humanos traduz uma realidade de resistência que exige uma permanente luta de abertura e consolidação, sobretudo quando a história política e jurídica recente assombra a realidade contemporânea com autoritarismos e discricionariedades (políticas e judiciais) predatórias dos direitos humanos, como é o caso do Brasil e da América Latina, em geral.

Por isso, o Direito nesta quadra da história deveria estar desempenhando um papel fundamental ante a opção constitucional pelos direitos humanos (e fundamentais), privilégio que faz deles o condicionador do próprio constitucionalismo democrático desenvolvido no movimento ocidental do segundo pós-Guerra. É, pois, o Direito no Estado Constitucional Democrático, mais do que limitador do poder, mais que uma racionalidade instrumental ou mesmo conjunto de proposições normativas, que deve ser visto como instrumento de transformação social⁶⁹.

No entanto, o estágio atual de amadurecimento do Direito no constitucionalismo contemporâneo sempre traz ou, pelo menos, deveria trazer, a lume a experiência dos direitos humanos (direito internacional dos direitos humanos⁷⁰) a partir dos fatos da 2ª Guerra Mundial. A Segunda Guerra foi, portanto, determinante para o processo de internacionalização e reconstrução dos direitos humanos em resposta às atrocidades e aos horrores do nazismo⁷¹ e, pois, quando se discutia uma ação mais eficaz de proteção e promoção dos direitos humanos que se erigiu a Declaração Universal dos Direitos do Homem

⁶⁹ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 43.

⁷⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos:** fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

⁷¹ PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 184-185.

(1948), fonte de inspiração e ponto de irradiação e convergência dos direitos humanos a níveis global e regional⁷².

O desenvolvimento do caráter universal dos direitos humanos, iniciado a partir daquele momento histórico veio exigir um enfrentamento colegiado por parte dos Estados baseado na responsabilidade e solidariedade comuns, criando um ambiente favorável para a eficácia protetiva da liberdade e da dignidade da pessoa humana⁷³, fundamentado no exercício irrestrito da democracia e de direitos essenciais.

Como diz Friedrich Müller, os direitos humanos assim estão intimamente relacionados à democracia e ao Estado de Direito e sem seu exercício prático não há processo nacional nem transnacional. O direito fundamental de todos à democracia baseia-se nos direitos humanos⁷⁴, daí seu caráter de “garantia coletiva”, conforme destaca Cançado Trindade⁷⁵.

Com efeito, assim como o papel que os direitos humanos operam no plano internacional, os direitos fundamentais exercem no âmbito dos Estados Democráticos de Direito as condições materiais de sua própria significação. Na medida em que o Estado se compromete com os direitos humanos, se projeta internacionalmente como parte de um sistema/coalização protetiva da dignidade da pessoa humana, espírito que informa declarações, tratados e convenções de direitos humanos.

No entanto, ainda que se tenha avançado, os direitos humanos ainda têm o desafio de superar, no seio da comunidade jurídica e política brasileira, em particular, a ideia de que são meros valores, senão também compõem-se de um conjunto jurídico-normativo que condiciona ética, histórica e juridicamente os comportamentos dos Estados para não regredirem aos repreensíveis episódios da história. Logo, embora o caráter ontológico dos direitos humanos venha traduzir uma carga axiológica inerente – dignidade,

⁷² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos**: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991 p. 1.

⁷³ Cf. BUERGENTHAL, Thomas. Prólogo. In: *Ibid.*, p. XXXI.

⁷⁴ Teoria e interpretação dos Direitos Humanos nacionais e internacionais: especialmente na ótica estruturante do Direito. Trad. Vivianne Geraldine Ferreira. In. CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (coord.). **Direitos humanos e democracia**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 48.

⁷⁵ CANÇADO TRINDADE, *op. cit.*, p. 22.

liberdade e igualdade – o compromisso internacional assumido (tratados e convenções) e a positivação no âmbito das Constituições os tornam direito vigente e quem deseja rotulá-los como meros “valores”, paradoxalmente os desvaloriza⁷⁶.

A real democracia, sempre pressuposta dos direitos humanos⁷⁷, inexoravelmente deve revelar Constituições que, ao se dizerem democráticas, estejam em sintonia com a proteção e a evolução dos direitos humanos (interna e internacional), inclusive como um canal aberto política e juridicamente para os instrumentos internacionais de direitos humanos. De modo contrário, não se poderá falar em verdadeira democracia, quando os discursos dominantes verticalizam com essas premissas, sustentando-se em retaliações retórico-ideológicas que escondem discricionariedades, reservas de poder e verdades autoritárias desprovidas de conteúdo hermenêutico. Em última análise, é assim que deve ser vista tanto a conduta política de proceduralizar a recepção dos tratados internacionais de direitos humanos, como a posição do Supremo Tribunal brasileiro sobre o tema, seja antes ou mesmo depois da EC nº 45/2004.

Ao fim e ao cabo, essas posturas não respondem ao paulatino processo iniciado nas democracias ocidentais pós-Segunda Guerra, compromissado com os direitos humanos e aptidão para judicializar o conteúdo material das Constituições. Na realidade, a ausência de transformação no sistema de fontes e de produção jurídicas, implicou a manutenção do monopólio e da soberania estatal de criação e determinação de suas fontes em detrimento de um pluralismo⁷⁸ (descentralizado e não-hierarquizado).

Aliás, a dependência da racionalidade legicêntrica do Estado e a influência positivista-normativista kelseniana são fatores determinantes para a polarização entre o direito interno e internacional e, por consequência, para a

⁷⁶ MÜLLER, Friedrich. Teoria e interpretação dos Direitos Humanos nacionais e internacionais: especialmente na ótica estruturante do Direito. Trad. Vivianne Galdes Ferreira. In. CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (coord.). **Direitos humanos e democracia**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 46.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 50.

⁷⁸ Cf. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **El desbordamiento de las fuentes del derecho**. Madrid: La Ley, 2011. p. 82 *et seq*; HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y constitución**: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta. Madrid: Tecnos, 2002.

(di)visão entre direitos humanos e direitos fundamentais, bem como a redução dos direitos humanos ao patamar de valores orientativos sem caráter vinculante.

Isso quer dizer que a fruição dos Direitos Humanos proclamados formalmente em uma Constituição – ou e um tratado internacional – não se dão, factualmente, em espaços políticos que não sejam plenamente democráticos, como parece apontar o Brasil. De nada serve uma Constituição que não seja sentida, vivida e praticada pela população e, fundamentalmente, pelas autoridades constituídas que a deve zelar, caso contrário, os direitos humanos soçobram frente ao procedimentalismo “legitimador” e as heranças políticas (e ideológicas) das instituições. Constituição e Democracia, neste sentido, aproximam-se e se fundem em conceitos complementares contra os desvios e abusos de poder em detrimento dos deveres nacionais e internacionais de direitos humanos.

Também, não se pode perder de vista que se trata de um direito de proteção, marcado por uma lógica própria voltada à salvaguarda dos direitos dos seres humanos e não dos Estados⁷⁹. Logo, sua autonomia transcende – e não poderia ser diferente - à própria figura do Estado, no mais das vezes, seu maior predador. O Estado, quando se alimenta dessa relação de verticalidade entre as Constituições e os tratados internacionais de direitos humanos, na verdade nada mais faz do que velar as possíveis violações praticadas voluntária ou involuntariamente em seu território, razão por que:

[...] em matéria de direitos humanos, a reciprocidade é suplantada pela noção de garantia coletiva e pelas considerações de *ordre public*. Tais tratados incorporam obrigações de caráter objetivo, que transcendem os meros compromissos recíprocos entre as partes. Voltam-se, em suma, à salvaguarda dos direitos do ser humano e não dos direitos dos Estados, na qual exerce função-chave o elemento do “interesse público” comum ou geral (ou *ordre public*) superior.⁸⁰

O sistema internacional de direitos humanos atribuiu aos Estados (via Constituições) as funções de mediar a identidade comum-protetiva e as

⁷⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Apresentação. In: PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 49.

⁸⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 10-11.

tradições de cada povo (costumes, cultura, raça, religião etc.) naquilo que lhes é particular e não universalizável. Logo, é fato que há uma incompreensão jurídico-política dos Estados quanto ao propósito comum de garantia da dignidade da pessoa humana, em que o caráter universal dos direitos humanos nem de longe implica o risco de uma possível tentativa de homogeneização, senão a ampliação dos meios protetivos e a busca de coerência interpretativa.

Mas, embora tudo isso, o que se quer denunciar é a possibilidade de superar premissas antiquadas de polarização de direito interno e internacional ou mesmo de teorias epistemológico-objetificadoras, como por exemplo, aquelas oriundas da dicotomia entre monistas e dualistas⁸¹. A ideia é a de que o diálogo (hermenêutico) é um modo-de-ser capaz de ultrapassar o semanticismo das divisões (direitos humanos e direitos fundamentais) e o formalismo das hierarquizações, suplantando os discursos procedimentais e/ou retórico-ideológicos que bloqueiam a eficácia protetiva dos direitos humanos.

Deste modo, toda e qualquer medida política ou jurídica limitativa ou derogatória de direitos humanos, especialmente se motivada por aspectos objetivistas ou mesmo subjetivistas (como por exemplo, o tratamento dispensado no Brasil à recepção dos tratados de direitos humanos), revela-se um desacerto em relação à proposta constitucional e uma incompatibilidade com o caráter imperativo⁸² que sustenta a primazia da proteção mais eficaz e favorável ao ser humano.

De forma alguma isso implica uma ideia de abandono da soberania⁸³, pois a lógica que se estabeleceu por ocasião da própria Convenção de Viena (1969), quando tratou do Direito dos Tratados, é justamente no sentido de que a liberalidade com que os Estados assumem obrigações internacionais como

⁸¹ “Diga-se que em Kelsen essas dualizações a respeito do direito internacional são tratadas como ou hierárquico ou paritética; daí porque como não podem ser derivados de uma norma fundamental – senão teríamos dois ordenamentos jurídicos distintos – e essa dualidade contrastaria com o postulado da unidade da ciência, daí porque ele defenderia o monismo com a superioridade do direito internacional”. In: LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no Direito**, volume 2: o século XX. Trad. Luca Lamberti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 54-55.

⁸² LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no Direito**, volume 2: o século XX. Trad. Luca Lamberti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 42.

⁸³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 5 *et seq.*

expressão de sua plena soberania, desautoriza a invocação de contingências internas políticas e/ou jurídicas para descumprir tratados e convenções. Na mesma linha é a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969⁸⁴) quanto à vedação interpretativa tendente a suprimir ou restringir o gozo ou exercício de direitos consagrados na convenção, algo que se pode qualificar como a máxima efetividade da convenção.

Com razão afirma Cançado Trindade, sobre o caráter universal dos instrumentos de direitos humanos:

Os tratados de direitos humanos voltam-se ao tratamento dispensado pelos Estados, no âmbito de seu ordenamento jurídico interno, a todos os seres humanos sujeitos a sua jurisdição; embora os conceitos que utilizam encontrem paralelo nos empregados no direito interno, revestem-se de um sentido internacional autônomo, estabelecendo padrões comuns de comportamento para todos os Estados Partes⁸⁵.

A eficácia no sentido de se auferir um padrão de compreensão acerca da universalidade dos direitos humanos não depende apenas do comportamento de um Estado, mas de um conjunto deles, daí por que não se estaria falando de direitos humanos propriamente ditos quando o Estado busca a partir de si e de seus instrumentos estabelecer uma racionalidade própria e hermética (autoritária e não compartilhada) sobre o tema. Do mesmo modo, mesmo quando se fala em direitos fundamentais, em razão de sua organicidade de direito humano, admitir-se-ia uma visão isolacionista.

Assim, uma adequada compreensão desse fenômeno exigiria, na visão de Delmas-Marty, a constituição de um *locus* de compartilhamento de sentidos ou mesmo a admissão de um enriquecimento de sentidos pela troca de culturas⁸⁶, com a finalidade de se criar condições para uma evolução democrática e equilibrada hermeneuticamente para os direitos humanos no cenário global. Os direitos humanos constituem assim o ponto de aproximação/convergência adequado que permite constituir uma teoria que possa dar suporte aos diálogos (não-autoritários) e conteudísticos entre fontes e sistemas jurídicos na busca de interpretações próprias, superação de

⁸⁴ Em vigor desde 1978.

⁸⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Vol. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 33.

⁸⁶ Trata-se, então, de reaproximar, estas 'diferentes maneiras', para que elas se interpenetrem e se enriqueçam mutuamente. DELMAS-MARTY, Mireille. **Três desafios para um direito mundial**. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003. p. 19-20.

inadequadas analogias⁸⁷ e a afirmação de padrões de compreensões para além do normativismo hierárquico.

A especificidade na compreensão dos direitos humanos, nem sempre levada a efeito pelo direito interno dos Estados, coloca em risco a organicidade e a relevância do bem jurídico protegido. Ao se afirmar a viabilidade/necessidade de uma conversação consolidadora de diretrizes interpretativas específicas⁸⁸ ou “standards”⁸⁹ em matéria de direito internacional dos direitos humanos, seja no controle da constitucionalidade e/ou da convencionalidade (quando disponível), se está postulando a democratização desse hiato entre direito internacional e direito interno em sede de tratados e convenções internacionais de direitos humanos.

A isso se pode somar o fato de que embora se caminhe para uma maior abertura internacional, ainda pesa a resposta tardia da América Latina ao processo de adesão constitucional (democrática) e de garantia de direitos humanos e fundamentais (formal e materialmente)⁹⁰, bem como a evolução da comunidade europeia sobre o tema, em particular, o papel do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Observe-se que, tomando por base os anos em que aprovadas a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (1948), da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), da instalação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (1979) e o trâmite para reconhecimento na ordem interna dos Estados, por exemplo, o Brasil só foi promulgar a Convenção Americana em 1992 (Decreto nº. 678) e reconhecer a competência obrigatória da Corte Interamericana em 2002 (Decreto nº. 4.463).

⁸⁷ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos**: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 48.

⁸⁸ Ibid., p. 39.

⁸⁹ A título ilustrativo Cançado Trindade apontou que o Conselho da Europa já início da década de 90 mirando o processo de integração europeu definiu e divulgou as diretrizes básicas para vinculação interpretativa ao que se compreendeu por ‘dimensão humana’ pela Conferência de Segurança e Cooperação Europeias entre elas a compatibilidade de padrões (standards) no campo dos direitos humanos In: **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Vol. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 231.

⁹⁰ “Os avanços nos processos democráticos na América Latina, para referir-nos a nosso continente, realçam o fato de que se requerem esforços constantes em prol da plena vigência dos direitos políticos: a consolidação e preservação da democracia são uma tarefa de todos, de caráter permanente, que não admite retrocessos. Da transição à democracia, marcante na vida latinoamericana nos últimos anos, as atenções voltam-se hoje à salvaguarda e ao fortalecimento das instituições democráticas e do Estado de Direito”. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Vol. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 203.

Da mesma maneira, foi só por volta dos anos oitenta e noventa que as Constituições latino americanas foram dar mais espaço, a partir de um processo de (re)democratização, a um maior compromisso com os direitos humanos – Brasil (1988), Colômbia (1991), Paraguai (1992), Equador (1998 e 2008), Peru (1993), Venezuela (1999), Bolívia (2009), entre outros, ou mesmo os que realizaram reformas importantes nas constituições vigentes, como Argentina (1994), México (1992) e Costa Rica (1989).

Inegavelmente, o reconhecimento dos direitos fundamentais indica o resultado de uma opção democraticamente instituída pelo Estado na defesa dos direitos humanos, os quais determinam mais do que orientam a sua vinculação (e de seus agentes), seja contra atos normativos⁹¹ ou mesmo não-normativos, internos e internacionais. Porém, os discursos formalistas e estatistas não podem segurar a substancialização que o debate exige, sobretudo ao se considerar que as controvérsias sobre os direitos humanos decorrem da possibilidade de leituras diversas do conceito, da pluralidade conflituosa de interpretações/concretizações das normas e da incongruência prática dos diferentes tipos de direitos humanos⁹².

Nesse caminhar é que as Constituições aparecem, em última análise, como o canal/elo fundamental para a afirmação dos direitos humanos – acima de quaisquer interesses político-ideológicos e como maior expressão da autonomia do Direito na atualidade. Mais do que um instrumento de limitação de poder⁹³, também são as Constituições a garantia de participação

⁹¹ Ou seja, se estamos de acordo com a ideia de que a Constituição é um paradoxo – porque, afinal, surgida para sustentar o Estado democrático, ela pode “impedir” o exercício da vontade das maiorias, essência do próprio regime democrático -, esta assertiva implica inexoravelmente, a aceitação da existência de regras/mecanismos contramajoritários. Consequentemente, a jurisdição constitucional assume especial relevância, exatamente por ser o instrumento de efetivação de tais regras. STRECK, Lenio Luiz. Reflexões hermenêuticas acerca do papel (dirigente) da Constituição do Brasil e os (velhos) obstáculos à concretização dos direitos fundamentais/sociais. In. CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (coord.). **Direitos humanos e democracia**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 386.

⁹² NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 256.

⁹³ “O poder passa a abrigar práticas escusas e antidemocráticas, abusos de corrupção desenfreada e alimentada pela impunidade, escândalos ameaçando a própria governabilidade, formação e concentração de grandes fortunas nas mãos de poucos (das chamadas “classes dominantes”) em contraste com o empobrecimento crescente de vastos segmentos da população. Não raro autoridades eleitas ou designadas passam a ser vistas como defensoras de interesses privados – se não próprios, - distintos dos da população

democrática (cidadania), de proibição de retrocesso e da institucionalização e proteção dos direitos humanos (e fundamentais) nessa sociedade interconectada:

[...] la constitución, sin dejar de ser jurídicamente normativa, y dotada de toda la fuerza que tal naturaleza imprime, no consiste únicamente en la sumatoria de sus artículos ni en la letra de sus normas, porque a la letra de la constitución se le agrega su filosofía política – que acumula principios, valores e fines – y además, a razón histórica⁹⁴.

A complexidade dos elementos que compõem a ideia de Constituição não permite sua objetificação, nem seu isolamento histórico, sob pena de comprometimento da filosofia que lhe é matriz. Por isso, compreendido ontologicamente nesse arcabouço é que os direitos humanos não podem ser alienados de qualquer normatividade interpretativa advinda do texto constitucional. A própria noção de supremacia constitucional não ilide a absorção das transformações históricas e culturais da sociedade⁹⁵.

O direito formulado por escrito (constituição, leis, tratados, sentenças) compõe apenas uma dimensão do jurídico, pois não se pode olvidar seu plexo - princípios, valores e fins, tributários de uma raiz histórica - com maior amplitude e precisão possíveis, em uma linguagem suficientemente omnicomprensiva⁹⁶.

Assim, conforme adverte Häberle, a unidade, coerência e hierarquia do sistema jurídico não pode ser o corolário de um único princípio dominante e do qual mecanicamente se derivam os demais. No Estado Constitucional, que é o Estado de uma “sociedade aberta”, o sistema jurídico e seus postulados básicos exigem de seu intérprete uma atitude aberta e a hermenêutica como instância histórico-crítica, estruturada em um processo dinâmico de

como um todo”. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Vol. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 235-236.

⁹⁴ [...] a constituição, sem deixar de ser jurídicamente normativa, e dotada de toda a força que tal natureza imprime, não consiste unicamente na soma de seus artigos nem na letra de suas normas, por a letra da constituição se agrega sua filosofia política – que acumula princípios, valores e fins – e ademais, a razão histórica (tradução nossa). BIDART CAMPOS, Germán J. **La interpretación del sistema de derechos humanos**. Buenos Aires: Ediar, 1994. p. 64.

⁹⁵ BIDART CAMPOS, op. cit., p. 73.

⁹⁶ Ibid., p. 103.

experiências práticas em detrimento de um monopólio metodológico cerrado e hermético⁹⁷.

Inegavelmente há um grande espaço que precisa ser preenchido com a finalidade de se instrumentalizar a aproximação dos discursos apartados entre Constituição e Tratados Internacionais de Direitos Humanos. O caminho aponta para uma proposta teórica não-hierarquizada, como por exemplo, na linha construída por Neves quando trata do transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos, que corta transversalmente ordens jurídicas dos mais diversos tipos, instigando ao mesmo tempo, cooperação e coalizões⁹⁸.

Na medida em que se consolida a fase de consagração legal/instrumental, também surgem outras complexidades como desdobramento de uma fase material/prática e crítica em sede de direitos humanos. Com efeito, isso acaba por (re)instaurar mais um capítulo no debate sobre a relação normativa e institucional entre os planos interno e internacional, entre Constituições e Instrumentos Internacionais, entre direitos humanos e direitos fundamentais. Por consequência, se reivindica a busca por densificação teórica e interpretativa que possam contribuir para o debate, mais fundamentalmente a fim de reorientar a temática para rumos mais produtivos.

Em busca de novos horizontes para a relação direito interno-internacional já prenunciava Cançado Trindade há mais de duas décadas que:

[...] em um mundo como o nosso, pluralista e marcado pela diversidade cultural, ainda não parece ter chegado o dia em que as consequências de uma “fusão” ou centralização, ou mesmo uma “hierarquia”, de procedimentos ou mecanismos (distinta da “hierarquia” de normas) de proteção dos direitos humanos nos planos global e regional possam ser previstas ou apropriadamente antecipadas ou avaliadas⁹⁹.

Ora, o avanço do debate no tema dos direitos humanos é que permite discutir novas possibilidades que possam contribuir para sua consolidação democrática constitucional e internacional. Não há direitos humanos sem

⁹⁷ In: **Pluralismo y constitución**: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta. Madrid: Tecnos, 2002. p. 45 *et seq.*

⁹⁸ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 256.

⁹⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos**: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 59.

democracia, assim como não há democracia sem direitos humanos e a plena vigência desses caracteriza o Estado de Direito com direta repercussão na interpretação, aplicação e o sentido autônomo dos tratados de direitos humanos¹⁰⁰.

A (inter)relação entre Direitos Humanos, Estado de Direito e Constituição é inextrincável, conforme teoriza Pérez Luño, pois a partir do estreitamento da relação entre esses elementos é que se vai lograr a superação da ideia estritamente ética dos direitos humanos à sua elevação ao caráter jurídico e político legitimador dos Estados de Direito e de suas Constituições¹⁰¹. Assim, quando Pérez Luño reivindica “una esfera que rebasara el arbitrio de la jurisdicción interna de cada Estado”, está apontando para a necessidade de fortalecimento do direito internacional¹⁰², que pode ser construído a partir da tese de aproximação hermenêutica entre os tratados internacionais de direitos humanos e da Constituição.

Daí por que tão necessário se tornou não apenas redefinir a extensão e a fundamentação dos direitos humanos, mas, sobretudo as novas fontes e as formas de como eles serão garantidos frente aos diferentes Estados e culturas na realidade contemporânea¹⁰³. Isso indica que as tentativas teóricas de séculos/décadas baseadas em codificações herméticas, dualismos dedutivistas, escalonamento hierárquico-normativistas e funcionalistas, os quais buscavam justificar a relação entre fontes e sistemas de direito interno e internacional, estão dando sinais de esgotamento, pois não respondem mais satisfatoriamente à complexa realidade social.

“El nuevo orden mundial de una sociedad interconectada y globalizada invita a contemplar los sistemas de fuentes del Derecho desde una perspectiva universalista¹⁰⁴, que supere a visión fragmentaria y parcelada de los mismos”¹⁰⁵.

¹⁰⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Vol. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 241-242.

¹⁰¹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2010.

¹⁰² *Ibid.*, p. 131.

¹⁰³ BARRETTO, Vicente de Paulo. Direitos humanos, democracia e globalização. STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago (Org.). **20 anos de constituição: os direitos humanos entre a norma e a política**. São Leopoldo: Oikos, 2009. p. 270.

¹⁰⁴ Para Pérez Luño esse universalismo não se propõe negar nem abolir o Direito *sui generis* próprio de cada nação, mas, ao contrário, pretende colaborar em sua fundamentação,

A partir dessa realidade e da experiência de esgotamento do modelo tradicional de direito (formal e individualista), obscurece-se ou torna-se improdutivo a temática dos direitos humanos. Porém, novos horizontes para o tema poderão emergir da mudança de racionalidade para a construção de outras fontes de normatividade e da abertura para o desenvolvimento de novas bases teóricas (conteudísticas), mediante o diálogo hermenêutico que orientará a aproximação (não hierarquizada) entre Constituição e Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

2.3 DE COMO AS PRETENSÕES HIERÁRQUICO-NORMATIVISTAS DOMINAM O IMAGINÁRIO DA COMUNIDADE JURÍDICA E CONDICIONAM O TRATAMENTO DISPENSADO OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

A busca pelo desvelamento dos discursos aqui epitetados de hierárquico-normativistas trazem em sua essência a defesa da construção de uma teoria adequada conteudisticamente à relação entre a Constituição e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos como forma de controlar o exercício político e jurisdicional em suas insuficiências e deficiências. Trata-se, portanto, de um exercício teórico voltado para o aprimoramento da maturidade institucional-democrática no que diz respeito aos direitos humanos, a normatividade constitucional e a autonomia do Direito, pedras fundamentais do constitucionalismo democrático contemporâneo.

A Constituição Federal de 1988 inaugurou um novo paradigma normativo ao instituir o Estado Democrático de Direito e ao ter proclamado como seus fundamentos a dignidade da pessoa humana¹⁰⁶, a promoção do bem estar social¹⁰⁷ e, nas relações internacionais, a prevalência dos direitos

assumir-lo e, simultaneamente, potencializá-lo. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **El desbordamiento de las fuentes del derecho**. Madrid: La Ley, 2011. p. 97.

¹⁰⁵ A nova ordem mundial de um sociedade interconectada e globalizada convida a contemplar os sistemas de fontes do Direito desde uma perspectiva universalista, que supere a visão fragmentada e parcelada dos mesmos (tradução nossa). Ibid., p. 100-101.

¹⁰⁶ Art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988.

¹⁰⁷ Art. 3º, da Constituição Federal de 1988.

humanos e a defesa dos direitos fundamentais, sem exclusão de outros estabelecidos por tratados internacionais de que o Brasil seja parte¹⁰⁸.

Do ponto de vista normativo-principiológico, a formação de um núcleo essencial que serviria à unidade e à coerência da Constituição e da sociedade, paradoxalmente fez a sociedade ficar refém das estruturas de poder estamentista-patrimonialistas ainda enraizadas no imaginário brasileiro. Esse imaginário, voluntária ou involuntariamente, conspira para enfraquecimento dos compromissos do Estado, pois muitas vezes, sob o argumento da desburocratização e de políticas de ocasião, dificultam o acesso aos direitos humanos, conforme se observa na inserção de medida procedimental de admissão de tratados internacionais de direitos humanos no § 3º, art. 5º da Constituição Federal brasileira.

A Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004, no que diz respeito à introdução do § 3º no art. 5º, foi uma típica medida temerária. Um notável retrocesso social, seja por reafirmar a inadequada separação entre direitos humanos e direitos fundamentais, seja pelo estabelecimento de mecanismos que desequilibram a amplitude do dever protetivo e, também, pelas contradições sistemáticas e intelectivas de natureza constitucional em face dos direitos humanos.

Assim, os efeitos colaterais da malsinada emenda são diversos, pois vão desde a contradição normativo-principiológica dentro da própria Constituição, passando pelo (des)compromisso político-jurídico instituído pelo pacto constitucional, chegando-se ao problema hermenêutico do agravamento da cisão (imprópria) entre direitos humanos e direitos fundamentais e problemas sistemáticos como a dicotomia entre tratados internacionais antes e pós-EC nº 45/2004. Objetivamente, são problemas que apenas confirmam a lógica dominante da dependência jurídico-política da metodologização procedimentalista e da herança autoritária de nossas instituições, as quais enfraquecem o compromisso prestacional do Estado, a garantia de uma cidadania digna e o alvorecer da democracia.

¹⁰⁸ Art. 5º e § 2º, da Constituição Federal de 1988.

A influência dessa orientação, permeada de reflexos positivistas, foi determinante nos caminhos que tomaram a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e a doutrina “internacionalista” sobre os tratados internacionais de direitos humanos no Brasil. Como já foi destacado, tanto uma como a outra comemoraram o suposto “avanço” trazido pela EC nº 45/2004, como também a “evolução” no entendimento do STF no que tange à hierarquização dos tratados de direitos humanos na ordem interna.

Entretanto, em última análise, a doutrina e o STF se equivocaram no tratamento da questão, pois ao buscarem justificar a utilidade “prática” da emenda constitucional e sua repercussão “pragmática”, descomprometeram-se com a materialidade dos direitos humanos e com a força normativa da Constituição de 1988. Na realidade, renderam-se ao procedimentalismo formal e objetificaram o papel da Constituição, como fizera em outra oportunidade Kelsen, ao ponto de nem mesmo a jurisdição constitucional ter ofertado resistência ao legislador constitucional derivado, a despeito do risco trazido à eficácia dos direitos humanos (e fundamentais) e de qualquer compromisso hermenêutico.

Na sequência, com a finalidade de evidenciar a matriz hierárquico-normativista nos discursos do imaginário dominante, dedicar-se-á a análise dos principais argumentos que compuseram os votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal nos respectivos julgados e os argumentos da doutrina no que diz respeito ao tratamento dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no atual momento do constitucionalismo democrático brasileiro.

2.3.1 O tratamento hierárquico-normativista dos tratados internacionais de direitos humanos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pós-Constituição de 1988

A Emenda Constitucional nº 45/2004 trouxe no seu conteúdo, em particular, a introdução dos parágrafos 3º e 4º no art. 5º da Constituição

Federal de 1988¹⁰⁹. Com efeito, a inserção constitucional acabou por estimular o Supremo Tribunal Federal a se pronunciar novamente sobre o tratamento que deveria ser dispensado aos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, embora registre-se, até então, que a sua jurisprudência, mesmo pós-Constituição de 1988, já não contasse exatamente com a melhor compreensão (hierarquia legal¹¹⁰).

É bem verdade que a história recente do Supremo Tribunal Federal tem revelado certa ausência de hábito, tanto por parte dos Ministros, como também das partes litigantes, em estimular/invocar instrumentos internacionais de direitos humanos em suas teses e, por consequência, em estimular, quiçá, a possibilidade de desenvolvimento de eventual controle da normatividade no âmbito da jurisdição, com base em instrumentos desta natureza.

Todavia, nas ocasiões em se oportunizou o debate naquele Tribunal, as discussões giraram em torno do *status* hierárquico-normativo dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica interna, porém sem maiores aprofundamentos teóricos acerca de seu papel ou de seu conteúdo na história institucional do direito contemporâneo¹¹¹. Em certa medida, a redução do debate ao *status* normativo fez com que esses instrumentos assumissem um papel secundário no constitucionalismo brasileiro, ficando à mercê dos discursos predatórios nos quais o discurso de afirmação de “Constituição cidadã rica em direitos fundamentais” se esvazia na retórica ideológica.

¹⁰⁹ Art. 5º [...].

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

¹¹⁰ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 72.131**, plenário, Brasília, DF, 23 de novembro de 1995. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>. Acesso em: 01 out. 2014.

¹¹¹ “A história institucional do Direito atua como uma espécie de *DNA*, a garantia de responsabilidade política dos juízes e tribunais; trata-se de um dever (*has a duty*) de *accountability* hermenêutica que traz em sua gênese uma preponderante participação doutrinária, para a garantia da integridade do Direito e a proteção contra a subjetividade/discricionariedade dos aplicadores”. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014; Jurisdição constitucional e decisão jurídica. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

Isso aponta para reconhecer que os tratados internacionais de direitos humanos na realidade brasileira estão aprisionados nos discursos hierárquico-normativos por não conseguirem ultrapassar a visão escalonada (sistemática e piramidal), formal e procedimental de “Supremacia da Constituição”.

Utilizando-se a ferramenta eletrônica de busca de jurisprudência disponível no próprio site do Tribunal (www.stf.jus.br), com base na combinação das expressões “tratados internacionais + direitos humanos + hierarquia”, o resultado objetivo, dentro da proposta, foram de 11 (onze) acórdãos até 01/09/2014. E, em uma breve análise da jurisprudência consolidada no plenário do Supremo Tribunal Federal¹¹² a partir do ano de 1988, marco do processo de redemocratização do Brasil e do exigível compromisso efetivo (material) com o processo de afirmação dos direitos humanos, até 2008, o ano em que se firmou o “novo” entendimento sobre o *status* normativo dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil.

No período compreendido na pesquisa e na análise dos acórdãos, tomando em consideração onde se discutiu mais diretamente o tratamento a ser dispensado aos tratados internacionais de direitos humanos no direito interno, se observou na jurisprudência um debate entre as teses da hierarquia legal, hierarquia constitucional e hierarquia supralegal. A questão da supranacionalidade não foi defendida diretamente por nenhum integrante do Tribunal, senão meramente a título de alusão à experiência do direito comparado, em particular, no cenário na União Europeia.

É importante registrar antes de iniciar a análise detalhada que até 1988, ou melhor, até o primeiro julgamento que envolveu a questão da hierarquia dos tratados internacionais na ordem jurídica brasileira pós-1988, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal desde o ano de 1977¹¹³ era no sentido da *hierarquia legal* dos tratados internacionais em geral.

¹¹² Optou-se, estrategicamente pela pesquisa baseada em decisões proferidas em sessões plenárias, pois em larga medida, constituem-se naquelas que pautaram as decisões monocráticas e das turmas, em razão da amplitude do debate pelo colegiado de Ministros e do direcionamento da jurisprudência no âmbito do próprio Supremo e demais tribunais pátrios.

¹¹³ A informação é do Ministro Gilmar Mendes no voto proferido no julgamento do RE 349703/SP: “[...] a tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal

2.3.1.1 Os julgamentos do plenário do Supremo Tribunal Federal envolvendo os tratados e convenções de direitos humanos, antes da EC nº 45/2004

2.3.1.1.1 *Habeas Corpus nº 72.131/RJ, julgado em 23/11/1995 e relatado pelo Ministro Marco Aurélio*

Trata-se do julgamento precursor da jurisprudência pós-Constituição de 1988 sobre o tema. Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal não se pronunciou objetivamente sobre o *status* da Convenção Americana na ordem interna e/ou a sua confrontação com o texto de 1988. Naquela ocasião se debateu meramente a aplicação (ou não) do art. 7º, II, da Convenção Americana de Direitos Humanos frente ao caso da prisão civil por dívida em razão da infidelidade do depositário em contrato de alienação fiduciária (art. 5º, LXVII, da CF/88 e o Decreto-Lei nº 911/69).

O plenário do Supremo Tribunal Federal, pelo voto da maioria, composta pelos Ministros Moreira Alves (redator do acórdão), Maurício Corrêa, Ilmar Galvão, Celso de Mello, Octávio Gallotti, Sidney Sanches e Neri da Silveira não concederam a ordem de *habeas corpus*. Ficaram vencidos os Ministros Marco Aurélio (relator), Francisco Rezek, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence. Na essência, a maioria referendou o posicionamento – já dominante no tribunal desde 1977 - da recepção de tratados e convenções internacionais, em geral, na forma de lei ordinária (hierarquia legal), afastando-lhes qualquer primazia hierárquico-normativa ou equiparação de natureza constitucional.

Analisando o acórdão do julgado, pode-se, de forma sumarizada, destacar os principais argumentos dos Ministros, naquilo que nos interessa e da seguinte forma:

Federal desde o julgamento do RE 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque (julgado em 1º.6.1977; DJ 29.12.1977).” BRASIL. Supremo Tribunal Federal **Recurso extraordinário nº 349.703**, plenário, Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. p. 717-718. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>. Acesso em: 23 abr. 2013.

Da parte daqueles que foram vencidos e que votaram pela concessão do *Habeas Corpus*, tem-se primeiramente, o Ministro Marco Aurélio (relator) que, entre outros argumentos, além de negar a possibilidade de equiparação entre os institutos da alienação fiduciária e do depósito, referiu que a “Convenção Americana de Direitos Humanos passou a integrar a ordem jurídica nacional em patamar equivalente ao da legislação ordinária, implicando na derrogação do Decreto-Lei nº 911/69”, no que se tinha como abrangente da prisão civil da hipótese de alienação fiduciária. Disse ainda, que neste particular, a Constituição “não é auto-aplicável, isto é, que não poderia ser considerada uma norma de eficácia plena quando excepciona a prisão civil, não subsistindo, assim, a prisão desta natureza baseada em texto estritamente legal”¹¹⁴.

O Ministro Francisco Rezek, também, para conceder a ordem, ao defender a hierarquia legal dos tratados e convenções de direitos humanos, também partidizou-se pela não equiparação dos institutos. Referiu que a Convenção Americana de Direitos Humanos serve de argumento para dizer que, em nome de algo que tem estatura bastante para derogar a legislação ordinária, não subsiste no Brasil, hoje, prisão civil, senão aquela do alimentante omissa, voluntária e inescusável¹¹⁵. Em complemento, o mesmo Ministro destacou que “num possível conflito entre a Convenção e a Constituição, é sempre a primeira que deve ser sacrificada, embora, no caso dos autos não tenha vislumbrado um conflito real entre a Convenção e a Carta”. A Convenção Americana não derroga o instituto do depósito, em absoluto, mas, tudo aquilo que, na legislação ordinária, facultava a prisão civil do depositário infiel¹¹⁶.

O Ministro Carlos Velloso, concedeu a ordem, não admitindo a equiparação entre os institutos da alienação fiduciária e do depósito, uma vez que um foi erigido à condição do outro por mera equiparação legal. Por isso, não poderia haver a ampliação da penalização para uma obrigação que não fosse essencialmente a mesma, exceção (prisão) que não ampliada pela

¹¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 72.131**, plenário, Brasília, DF, 23 de novembro de 1995. p. 8662. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>. Acesso em: 01 out. 2014.

¹¹⁵ Ibid., p. 8698 e 8699.

¹¹⁶ Ibid., p. 8695 e 8696.

Constituição. Ademais, consignou com base na jurisprudência do Supremo, que “o Tratado incorporado pelo direito interno como norma infraconstitucional”, equiparado à lei ordinária, já teria derogado as prisões civis, como decorrência da aplicação da velha regra *lex posterior derogat legi priori*. Para o Ministro não é possível ao legislador ordinário alargar, mediante ficções legais, as hipóteses de depósito, para o fim de sujeitar o devedor fiduciante à prisão civil, sob pena de ofensa ao art. 5º, LXVII, da Constituição Federal e pela derrogação estabelecida por ocasião do art. 7º, § 7º, da Convenção de São José da Costa Rica¹¹⁷.

O Ministro Sepúlveda Pertence iniciou sua exposição dizendo “[...] afasto a fascinante discussão sobre o Pacto de São José da Costa Rica: não preciso dele para o meu convencimento”¹¹⁸. A partir daí caminhou no mesmo sentido que o Ministro Carlos Velloso, dizendo que a ampliação dos conceitos constitucionais de obrigação alimentar ou depositário infiel pelo legislador ordinário é arbitrária. Por isso, a inconstitucionalidade da prisão civil do alienante fiduciário é a razão para o deferimento da ordem concessiva do *Habeas Corpus*¹¹⁹.

A maioria no julgamento se formou a partir do voto do Ministro Moreira Alves, que por sua vez, para não conceder a ordem de forma diferente dos primeiros, disse haver equiparação entre depósito e alienação fiduciária e destacou que a prisão civil é “exceção ao direito fundamental do devedor, implicando em verdadeiro direito fundamental dos credores de dívida alimentar e de depósitos convencional ou necessário”¹²⁰. Disse ainda Moreira Alves que é pacífico na jurisprudência da Corte que os tratados internacionais ingressam em nosso ordenamento jurídico “tão somente com força de lei ordinária pós Constituição de 1988” (art. 5º, § 2º), pela singela razão de que não se admite emenda constitucional realizada por meio de ratificação de tratado. Com efeito, sendo mero dispositivo legal ordinário, esse § 7º do art. 7º da referida

¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 72.131**, plenário, Brasília, DF, 23 de novembro de 1995. p. 8722. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>. Acesso em: 01 out. 2014.

¹¹⁸ Ibid., p. 8744.

¹¹⁹ Cf. Ibid., p. 8747 e 8748.

¹²⁰ Ibid., p. 8686.

Convenção não pode restringir o alcance das exceções previstas no artigo 5º, LXVII, da nossa atual Constituição¹²¹.

O voto do Ministro foi acompanhado pelos Ministros Mauricio Corrêa, Octavio Gallotti, Sidney Sanches, Néri da Silveira e Ilmar Galvão¹²², os quais, em suma, argumentaram pela validade da equiparação e pela impossibilidade da Convenção que, por ser norma geral, revogar norma especial referente à alienação fiduciária.

No particular do voto do Ministro Maurício Corrêa, cabe destaque para a afirmação de que não emprestava ao art. 7º, § 7º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos o elastério que se pretende dar ao seu conteúdo, de forma que “elevar à grandeza de ortodoxia essa hermenêutica seria minimizar o próprio conceito de soberania do Estado-povo na elaboração de sua Lei Maior”¹²³. Então, se a adesão a Convenção Americana se deu à vista harmônica desta com a Constituição brasileira e o ordenamento pátrio, sem que o Decreto-Lei nº 911/69 restasse inaplicável¹²⁴, os países firmatários da Convenção, devidamente convencidos dos avanços e progressos da ordem sócio-jurídico-econômica do mundo, não subscreveriam o instrumento se outro sentido fosse dado ao que geneticamente se traduz e se compreende como sendo prisão civil por dívida¹²⁵.

O Ministro Ilmar Galvão, em relação aos tratados internacionais de direitos humanos, afirmou que a Convenção não tem o condão de revogar normas que cuidam do depósito, pois embora incorporada com status de lei ordinária, não comporta a interpretação de proibir a prisão civil por dívida decorrente de depósito¹²⁶. Pelo contrário, trata-se, aliás, da única interpretação razoável suscetível de ser dada à norma sob apreciação, instituída pelo referido Pacto, pelo singelo motivo de não ser possível admitir que houvesse

¹²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 72.131**, plenário, Brasília, DF, 23 de novembro de 1995. p. 8686. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>. Acesso em: 01 out. 2014.

¹²² Ibid., p. 8688-8694; 8740-8743.

¹²³ Ibid., p. 8688.

¹²⁴ Ibid., p. 8689.

¹²⁵ Ibid., p. 8690.

¹²⁶ Ibid., p. 8703.

tido a iniciativa de esvaziar de eficácia a garantia representada pelo depósito contratual¹²⁷.

O Ministro Celso de Mello foi um dos grandes defensores da tese da hierarquia legal, ainda que futuramente tenha revisto sua posição. Na oportunidade, o referido Ministro, também para negar a ordem concessiva, baseou seus argumentos na questão central da “soberania da Constituição Federal”, o que ficou muito transparente quando disse que o Pacto de São José da Costa Rica desempenha o “papel de peça do caráter complementar do sistema interamericano na tutela das liberdades públicas fundamentais”¹²⁸.

O Ministro Celso de Mello, embora não tenha negado o caráter normativo dos instrumentos internacionais na ordem interna, disse que no que concerne à hierarquia das fontes, se encontram no mesmo plano e grau de eficácia das leis internas. Ainda assim, assentou que inexistente na perspectiva do modelo constitucional vigente no Brasil, qualquer precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno em face das cláusulas constitucionais, eis que a ordem normativa externa não se superpõe, em hipótese alguma, ao que prescreve a Lei Fundamental da República¹²⁹.

Por isso, para o Min. Celso de Mello seria preciso reconhecer a necessária submissão hierárquico-normativa dos tratados internacionais à ordem jurídica subordinante consubstanciada na Lei Fundamental da República, especialmente quando se outorga ao Poder Legislativo a autorização de disciplinar e instituir a prisão civil relativamente ao depositário infiel¹³⁰.

Ao fim, o mesmo Ministro assentou que “os tratados internacionais não podem transgredir a normatividade emergente da Constituição”, pois além de não disporem de autoridade para restringir a eficácia jurídica das cláusulas

¹²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 72.131**, plenário, Brasília, DF, 23 de novembro de 1995. p. 8705. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>. Acesso em: 01 out. 2014.

¹²⁸ Ibid., p. 8725.

¹²⁹ Ibid., p. 8726.

¹³⁰ Ibid., p. 8727.

constitucionais, não possuem força para conter ou para delimitar a esfera de abrangência normativa dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental¹³¹.

Sumarizando, a maioria formada pelos votos dos Ministros no julgado do HC nº 72.131/RJ, decidiu no sentido de negar o *habeas corpus*, entendendo pela não autoaplicabilidade da Convenção e, por consequência, em última análise, assentar seu *status* de hierarquia legal e inferior à Constituição Federal.

2.3.1.1.2 ADI nº 1480 MC/DF, julgada em 04/09/1997 e relatada pelo Ministro Celso de Mello

Trata-se de caso único de controle concentrado em que se discutiu a nulidade (inconstitucionalidade) parcial dos decretos (Decreto Legislativo nº 68/92 e Decreto nº 1855/96) que, respectivamente, aprovaram e promulgaram a Convenção nº 158 da OIT na ordem interna brasileira. Entre suas disposições, os arts. 4º a 10 que regulam a proteção do trabalhador contra demissão arbitrária ou sem justa causa. Em contrário, a alegação de que violariam os arts. 7º, I, da CF e art. 10, I, da ADCT.

O Min. Relator afastou as preliminares arguidas e reforçou a lógica de que uma vez internalizados, os atos normativos se submetem à fiscalização constitucional abstrata, especialmente, considerando, a irrecusável supremacia da Constituição¹³² e que o sistema jurídico brasileiro “não confere qualquer precedência hierárquico-normativa aos atos internacionais sobre o ordenamento constitucional”¹³³. Na sequência, o Min. fez uma abordagem teórica e jurisprudencial no sentido de enfatizar a submissão dos tratados a

¹³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 72.131**, plenário, Brasília, DF, 23 de novembro de 1995. p. 8729. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>. Acesso em: 01 out. 2014.

¹³² Id. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 1480 MC**, plenário, Brasília, DF, 04 de setembro de 1997. p. 231. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>. Acesso em: 01 out. 2014.

¹³³ Ibid., p. 232; 236.

normatividade emergente da Constituição¹³⁴, a necessidade de ato formal de sua recepção¹³⁵ e sua vigência na ordem interna¹³⁶.

No demais, na parte que interessa ao presente trabalho, o voto foi encaminhado no sentido de que a Convenção nº 158 da OIT é programática e dependente de intermediação legislativa¹³⁷ (não autoaplicável) e que, no caso brasileiro, de reserva exclusiva de lei complementar, ainda que recepcionada em paridade normativa que as leis infraconstitucionais¹³⁸, conforme já assentado na jurisprudência da Corte¹³⁹.

Ainda, consignou o Relator que eventual precedência dos atos normativos internacionais sobre as normas infraconstitucionais de direito interno somente ocorrerá não em virtude de primazia, senão por critério cronológico ou especialidade¹⁴⁰, com a ressalva material da reserva de lei complementar¹⁴¹.

Ao fim, por não ter havido ofensa material e formal à Constituição, indeferiu a liminar.

O Ministro Moreira Alves analisou e concordou com as premissas do voto do relator, porém, em razão da divergência dos tribunais na aplicação da Convenção, se deveria conceder parcialmente a liminar para, sem redução de texto, conferir interpretação conforme para afastar qualquer exegese que contrarie os fundamentos jurídicos do voto do relator e, considerando o caráter meramente programático da Convenção, a repute auto-aplicável¹⁴².

Com efeito, o Min. Relator acolheu as ponderações do Ministro Moreira Alves e retificou a parte dispositiva do seu voto.

¹³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 1480 MC**, plenário, Brasília, DF, 04 de setembro de 1997. p. 238-240. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>. Acesso em: 01 out. 2014.

¹³⁵ Ibid., p. 244.

¹³⁶ Ibid., p. 245-247.

¹³⁷ Ibid., p. 268-272.

¹³⁸ Ibid., p. 281.

¹³⁹ Ibid., p. 282.

¹⁴⁰ Ibid., p. 282-283.

¹⁴¹ Ibid., p. 283-284.

¹⁴² Ibid., p. 299.

O Ministro Carlos Velloso divergiu de ambos, e sua fundamentação foi no sentido de que, além de não existir hierarquia entre lei complementar e ordinária, a maneira de recepção dos tratados no Brasil leva a conclusão de que a incorporação na forma de lei desses instrumentos se dará mediante lei complementar, pois esta, além da lei ordinária, da lei delegada e outras, são espécies do gênero lei¹⁴³.

Outrossim, destacou o mesmo Ministro que os direitos consagrados na convenção decorrem do regime e dos princípios adotado pela Constituição, em particular, do art. 5º, § 2º da CF¹⁴⁴. Assim, a convenção da OIT contém direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores de cunho constitucional¹⁴⁵. Sobre a questão da eficácia da convenção, argumentou no sentido da autoaplicabilidade, em razão do seu princípio maior e básico constante do art. 4º, dito pelo Ministro como seu coração, que veda a despedida imotivada¹⁴⁶.

Concluiu o Ministro pela ausência de inconstitucionalidade formal, material e no sentido de que a Convenção nº 158 da OIT é portadora de direitos e garantias fundamentais de 2ª geração, autônomos e independentes do art. 7º, I, da CF e art. 10 da ADCT/CF, por isso, autoaplicável. Assim, indeferiu a cautelar.

O Ministro Nelson Jobim, na questão do tratado, aduziu que não se poderia considerar que a Convenção em comento teria natureza constitucional como decorrência do art. 5º, § 2º da Constituição, pois, caso contrário, se teria a curiosa e possível situação de que outros países poderiam denunciar o tratado e o Brasil não, por lhe ter conferido caráter de cláusula pétrea¹⁴⁷. Em razão disso, acompanhou o Min. Relator.

Os Ministros Maurício Corrêa, Ilmar Galvão, Octávio Gallotti e Neri da Silveira, este último com ressalvas, também acompanharam o Min. Relator¹⁴⁸.

¹⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 1480 MC**, plenário, Brasília, DF, 04 de setembro de 1997. p. 313. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>. Acesso em: 01 out. 2014.

¹⁴⁴ Ibid., p. 317 *et seq.*

¹⁴⁵ Ibid., p. 319.

¹⁴⁶ Ibid., p. 326.

¹⁴⁷ Ibid., p. 342.

¹⁴⁸ Ibid., p. 344-346; 355; 363.

O Min. Marco Aurélio indeferiu a liminar, seja pela não autoaplicabilidade, seja por não poder colocar a lei ordinária no mesmo plano da lei complementar¹⁴⁹.

O Ministro Sepúlveda indeferiu a liminar por discordar das conclusões trazidas pelo Ministro Moreira Alves e acatadas pelo relator¹⁵⁰.

Ao fim, no mérito, por maioria, houve a concessão da liminar para conferir interpretação conforme os termos do voto do relator e na forma concluída pelo Min. Moreira Alves.

2.3.1.1.3 Recurso Extraordinário nº 206.482/SP, julgado em 27/05/1998 e relatado pelo Ministro Maurício Corrêa

A questão da hierarquia dos tratados internacionais veio novamente ao debate por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário em epígrafe. Nessa nova oportunidade, a composição do Supremo Tribunal Federal havia se modificado minimamente, apenas com a chegada do Ministro Nelson Jobim, o qual assumira a vaga do Ministro Francisco Rezek¹⁵¹.

O caso era idêntico ao primeiro, isto é, versava sobre a prisão civil de devedor fiduciante, embora tratado via Recurso Extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal em face de decisão concessiva do *Habeas Corpus* no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Logo, era de se esperar que em razão do pequeno espaço de tempo entre o julgado do HC nº 72131/RJ, o RE nº 206.482/SP e a mínima modificação da composição, a posição da STF seria a mesma e os argumentos dos Ministros praticamente idênticos.

O Ministro Maurício Corrêa (relator), embora tenha referenciado a jurisprudência das Turmas do Supremo acerca da possibilidade de equiparação

¹⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 1480 MC**, plenário, Brasília, DF, 04 de setembro de 1997. p. 347-348. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>. Acesso em: 01 out. 2014.

¹⁵⁰ Ibid., p. 353-354.

¹⁵¹ Id. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 206.482**, plenário, Brasília, DF, 27 de maio de 1998. p. 669. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=240509>. Acesso em: 01 out. 2014.

entre a alienação fiduciária e o depósito, chamou à colação o julgamento em plenário proferido por ocasião do HC nº 72131/RJ e sem maiores articulações assentou que o Decreto Lei nº 611/69 foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Destacou o Ministro relator que não há afronta ao § 2º do art. 5º da Lei Fundamental, porque os compromissos assumidos pelo Brasil, no caso, o Pacto de São José da Costa Rica, *não minimizam o conceito de soberania*, de forma que o art. 7º, nº 7 do Pacto deve ser interpretado com as limitações impostas pelo art. 5º, LXVII da Constituição Federal. Por isso, o Ministro deu provimento ao recurso para o fim de cassar a ordem concessiva do Habeas Corpus deferida pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁵².

O Ministro Marco Aurélio, no mérito, reiterou seu posicionamento anterior, de não equiparação entre a alienação fiduciária e o depósito e arrematou dizendo que o Pacto de São José da Costa Rica subscrito pelo Brasil e recebido em pé de igualdade com a legislação ordinária derogou o Decreto Lei nº 911/69, chegando-se, inclusive, à derrogação do próprio Código Civil quanto ao depósito infiel¹⁵³, por isso deixava de conhecer o recurso.

O Ministro Carlos Velloso, usando os mesmos termos do voto proferido no HC nº 72131/RJ, também assentou a impossibilidade de equiparação dos institutos (depósito e alienação fiduciária), destacando ainda que o Decreto-Lei nº 611/69 editado pela Junta Militar sequer foi objeto de deliberação do Congresso Nacional, razão pela qual não se autoriza a inclusão da prisão, excetuada em Constituição, para esses casos¹⁵⁴. Assim, também deixou de conhecer o recurso.

Uma questão que merece destaque no voto do Ministro Carlos Velloso é o argumento de que os direitos instituídos na Convenção Americana são direitos materialmente constitucionais de acordo com uma exploração doutrinária que fez no voto da ADI nº 1497/DF e noutros trabalhos publicados, mas que, todavia, diante da sistemática que para ter status constitucional depende de processo legislativo próprio para sua equiparação à direito

¹⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 206.482**, plenário, Brasília, DF, 27 de maio de 1998. p. 665-666. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=240509>. Acesso em: 01 out. 2014.

¹⁵³ Ibid., p. 682-683.

¹⁵⁴ Ibid., p. 697.

fundamental, o direito do art. 7º, § 7º da Convenção tem apenas status de norma infraconstitucional¹⁵⁵.

O Ministro Sepúlveda Pertence, reiterou total e literalmente o posicionamento exarado no HC nº 72131/RJ, não conhecendo o recurso¹⁵⁶.

O Ministro Sydney Sanches também reportou-se ao voto proferido no precedente do plenário, e assim fazendo acompanhou o relator¹⁵⁷.

A particularidade observada foi no sentido de que os Ministros Moreira Alves, Ilmar Galvão e Neri da Silveira, embora sob alguns breves argumentos teóricos sobre a equiparação entre alienação fiduciária e depósito, uns remissivos e outros não, diferentemente do que aconteceu no HC nº 72131/RJ, sequer mencionaram a Convenção Americana, mas mesmo assim, acompanharam o relator Ministro Maurício Corrêa. O Ministro Neri da Silveira, por sua vez, ainda justificou a não-invocação do Pacto de São José da Costa Rica por entender que a questão não é de dívida como nele versa, mas de depósito¹⁵⁸.

Por fim, o Ministro Celso de Mello, prestigiando a jurisprudência do plenário e sua reafirmação nas Turmas do Supremo, novamente defendeu a hierarquia legal dos Tratados frente à Constituição repetindo em grande medida os termos do voto proferido no HC nº 72131/RJ, para o fim de acompanhar o relator e dar provimento ao recurso¹⁵⁹.

No voto do Ministro o recorte foi no sentido de reafirmar a indiscutível supremacia da ordem constitucional sobre os tratados internacionais conforme assentou na ADI nº 1480/DF, o que reflete o sistema que, com poucas exceções, considera inválida a convenção internacional que se oponha, restrinja ou altere a lei fundamental¹⁶⁰. Com efeito, a prisão civil do devedor fiduciante, reveste-se de plena legitimidade constitucional e não transgride o

¹⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 206.482**, plenário, Brasília, DF, 27 de maio de 1998. p. 700. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=240509>. Acesso em: 01 out. 2014.

¹⁵⁶ Ibid., p. 702 a 705.

¹⁵⁷ Ibid., p. 716.

¹⁵⁸ Ibid., p. 718.

¹⁵⁹ Ibid., p. 677.

¹⁶⁰ Ibid., p. 726.

sistema de proteção instituído pela Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁶¹.

No mérito, por maioria, os Ministros deram provimento ao recurso para reconhecer a legitimidade constitucional da prisão civil do depositário infiel nos casos de alienação fiduciária em garantia.

2.3.1.1.4 *Habeas Corpus nº 77.527/MG, julgado em 23/09/1998 e relatado pelo Ministro Marco Aurélio*

O *Habeas Corpus* foi a julgamento plenário por afetação sugerida, na Turma, pelo Ministro Neri da Silveira¹⁶² e aderida pelo relator. Novamente, a questão versava sobre a prisão do devedor civil do devedor fiduciante.

O Ministro Relator, endossando o parecer da Procuradoria-Geral da República, reiterou seu posicionamento sobre não equiparação entre a alienação fiduciária e o depósito e arrematou dizendo que o Pacto de São José da Costa Rica subscrito pelo Brasil, recebido em pé de igualdade com a legislação ordinária, derogou o Decreto-Lei nº 911/69¹⁶³. Ao fim, concedeu parcialmente a ordem para que se observe o regime prisional aberto.

Os Ministros Moreira Alves, Maurício Corrêa e Neri da Silveira não fizeram nenhuma fundamentação no sentido de invocar ou debater a aplicação dos tratados e convenções de direito internacional ao caso, mas por argumentos outros, observaram que o regime de prisão civil naquela situação é de natureza administrativa e não aquela do regime prisional penal¹⁶⁴.

O Ministro Carlos Velloso entendeu por deferir integralmente o *Habeas Corpus*, mas se vencido, ao fim, deferia o cumprimento da prisão em regime

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 206.482**, plenário, Brasília, DF, 27 de maio de 1998. p. 730. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=240509>. Acesso em: 01 out. 2014.

¹⁶² Id. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 77.527**, plenário, Brasília, DF, 23 de setembro de 1998. p. 2559. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=77382>. Acesso em: 01 out. 2014.

¹⁶³ Ibid., p. 2566.

¹⁶⁴ Ibid., p. 2578 -2579.

integralmente aberto. Fundamentou que, por entender naquela oportunidade, mais do que antes, que a prisão civil do devedor fiduciante violenta a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica¹⁶⁵. Seu voto atual é uma remissão literal ao voto proferido no RE nº 206.482/SP.

O desfecho final foi, na parte que conheceram, o deferimento parcial por maioria do habeas corpus, mantida a prisão, mas excluindo-a do regime penal de prisão criminal.

2.3.1.1.5 Recurso em Habeas Corpus nº 79.785/RJ, julgado em 29/03/2000 e relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence

O objeto do recurso, agora, foi o duplo grau de jurisdição no direito brasileiro à luz da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos. O caso de fundo versava sobre uma recorrente que foi condenada em processo de competência originária do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro por ser corré de um Juiz de Direito. Ao recorrer da decisão originária, o recurso não foi recebido. Ao impetrar *Habeas Corpus* no Superior Tribunal de Justiça, liminarmente foi indeferido, e o agravo regimental interposto dessa decisão também não foi provido. Por isso, o recurso em *habeas corpus* perante a Corte¹⁶⁶.

O Ministro relator, após um excursus histórico e teórico assentou que o duplo grau de jurisdição somente teve status constitucional na Carta Política do Império em seu art. 158. De lá para cá, não passa de *whishfull thinking*¹⁶⁷, uma espécie de *tomar os desejos por realidade ou razões com base em desejos*. Todavia, para o Ministro, embora sem negar a importância do instrumento, a

¹⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 77.527**, plenário, Brasília, DF, 23 de setembro de 1998. p. 2581. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=77382>. Acesso em: 01 out. 2014.

¹⁶⁶ Id. Supremo Tribunal Federal. **Recurso ordinário em habeas corpus nº 79.785**, plenário, Brasília, DF, 29 de março de 2000. p. 290. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661> Acesso em: 01 out. 2014.

¹⁶⁷ Ibid., p. 290.

Constituição vigente, na linha de suas antecedentes republicanas, não erigiu o duplo grau de jurisdição em garantia fundamental¹⁶⁸.

No que diz respeito à Convenção Americana, o Ministro disse haver uma ambiguidade do termo *recurso* nos parágrafos do art. 25, proporcionada pela tradução do espanhol para o português, pois não parece ter sido usada a expressão no sentido restritivo de impugnar a sentença, mas de ação ou remédio judicial a par do emprego do *recurso de inconstitucionalid* na Constituição Espanhola, similar a nossa Ação Direta de Inconstitucionalidade¹⁶⁹. Todavia, reconheceu que no art. 8º da Convenção, ao menos para o âmbito penal, a garantia estaria consagrada¹⁷⁰.

Assim, instaurou-se uma antinomia entre a Convenção (promulgada em 1992) e a Constituição e, neste particular, o Ministro participou o entendimento unânime do Tribunal “que recusa a prevalência sobre a Constituição de qualquer convenção internacional, asseverando que a doutrina não lhe parecia entender de forma diversa”. Mas, o Ministro Pertence consignou uma importante ressalva, embora ainda incipiente, de que pelos motivos doutrinários elencados com base em Flávia Piovesan e Cançado Trindade, “estariam se aproximando do entendimento de conferir força supralegal as convenções de direitos humanos, de modo a dar-lhe aplicação direta e contra a lei ordinária, sem prejuízo da Constituição”¹⁷¹.

Por essa razão, ao se admitir o duplo grau de jurisdição por ocasião do Pacto haveria risco de ab-rogação de normas da Constituição, quando não dinamitadoras do seu sistema, como é o caso das previsões expressas ou das proibições implícitas de recurso para causas de competência originária dos Tribunais¹⁷².

Assim, o Ministro acabou por negar provimento ao recurso.

O Ministro Nelson Jobim acompanhou elogiosamente o Min. Relator.

¹⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso ordinário em habeas corpus nº 79.785**, plenário, Brasília, DF, 29 de março de 2000. p. 293. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661> Acesso em: 01 out. 2014.

¹⁶⁹ Ibid., p. 294.

¹⁷⁰ Ibid., p. 295.

¹⁷¹ Ibid., p. 301.

¹⁷² Ibid., p. 302.

O Ministro Marco Aurélio, por outra via, também não vislumbrou o duplo grau de jurisdição como garantia constitucional decorrente, em especial dos incisos XXXV, LIV e LV do art. 5º da Constituição¹⁷³. Contudo, ao colocar a Convenção Americana no mesmo limiar do Código de Processo Civil e Penal, disse ser preciso emprestar alguma eficácia ao Pacto para conferir recorribilidade à decisão atacada, pela via do recurso ordinário (art. 105, II, a, Constituição), fora isso seria desprezar a importância desse diploma tão importante, subscrito pelo Brasil¹⁷⁴.

Ao fim, assentou o Ministro Marco Aurélio, para divergir do relator, em dar provimento ao recurso, não diante da Carta da República de forma direta, mas dela de forma mediata, e imediata ante a Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁷⁵.

Por sua vez, o Ministro Moreira Alves iniciou ressaltando com preocupação a posição do relator acerca de uma nova espécie de hierarquia entre a lei ordinária e os tratados de direitos humanos, “uma vez que a Constituição só prevê um tipo de hierarquia, entre os atos infraconstitucionais e a Constituição”¹⁷⁶. Para o Ministro, não há a possibilidade daquela hierarquização¹⁷⁷. No entanto, sem dispensar outros argumentos de mérito, o voto foi no sentido de acompanhar o relator.

O Ministro Carlos Velloso, invocou a defesa do entendimento que vinha sustentando, onde os “direitos e garantias fundamentais oriundos de tratados internacionais são materialmente constitucionais introduzidos no direito interno na forma da Constituição”¹⁷⁸.

Por essa razão defendeu que o duplo grau de jurisdição previsto na Convenção Americana é, pois, direito consagrado na Constituição Federal na forma do seu art. 5º, § 2º¹⁷⁹, e que permitiria a interpretação ou construção de

¹⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso ordinário em habeas corpus nº 79.785**, plenário, Brasília, DF, 29 de março de 2000. p. 308-309. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661> Acesso em: 01 out. 2014.

¹⁷⁴ Ibid., p. 312.

¹⁷⁵ Ibid., p. 314.

¹⁷⁶ Ibid., p. 315.

¹⁷⁷ Ibid., p. 316.

¹⁷⁸ Ibid., p. 319.

¹⁷⁹ Ibid., p. 319-320.

que seria possível a interposição recurso inominado pelo paciente¹⁸⁰. A única exceção para a mencionada garantia seria a ação penal originária de competência do Supremo Tribunal Federal¹⁸¹.

Sendo assim, embora sob outros argumentos, o Ministro acompanhou a divergência inaugurada pelo Ministro Marco Aurélio.

Ao fim, por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso, ausente o Ministro Celso de Mello, o Tribunal negou provimento ao recurso.

2.3.1.1.6 Habeas Corpus nº 81.319/GO, julgado em 24/04/2002 e relatado pelo Ministro Celso de Mello

Aqui volta à cena a discussão acerca da legitimidade da prisão civil do devedor fiduciante com base no Decreto-Lei nº 911/69 em face da Constituição Federal e da Convenção Americana¹⁸².

O relator Ministro Celso de Mello, em seu voto iniciou enfatizando que a jurisprudência sedimentada no plenário e reafirmada nas turmas é no sentido da legalidade da prisão civil do devedor fiduciante em caso de depósito infiel. A prisão nessas circunstâncias, em razão da legítima equiparação entre alienação fiduciária e depósito, não ofende a Constituição e a Convenção Americana¹⁸³.

Usando dos mesmos fundamentos já lançados noutras decisões, o Ministro enfatizou “o caráter complementar dos instrumentos internacionais e que sua normatividade emergente os coloca no mesmo plano das leis de direito

¹⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso ordinário em habeas corpus nº 79.785**, plenário, Brasília, DF, 29 de março de 2000. p. 320. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661> Acesso em: 01 out. 2014.

¹⁸¹ Ibid., p. 322-323.

¹⁸² Id. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 81.319**, plenário, Brasília, DF, 24 de abril de 2002. p. 193-195. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78700> Acesso em: 01 out. 2014.

¹⁸³ Ibid., p. 197-198; 208.

interno”¹⁸⁴; reafirmou que não há qualquer primazia hierárquico-normativa dos tratados em relação às normas constitucionais; “em caso de antinomia entre ambos, a Constituição goza de irrestrita precedência hierárquica”¹⁸⁵; e ainda, assentou que “a indiscutível supremacia da ordem constitucional sobre os tratados além de um imperativo da própria Constituição, é reflexo do sistema internacional” que, com raras exceções, considera inválida a convenção internacional que se oponha, restrinja ou importe em alteração da lei fundamental¹⁸⁶.

Em princípio, indeferiu o *Habeas Corpus*, mas na sequência, em razão da objeção do Ministro Sepúlveda, aditou seu voto e concedeu de ofício a ordem para determinar ao Tribunal de Justiça local para proceder ao julgamento do *writ* quanto aos demais fundamentos¹⁸⁷.

O Ministro Sepúlveda Pertence, apenas consignou a divergência de entendimento lançada desde o HC nº 72.131/RJ, porém se curvava a solidez da jurisprudência. No entanto, objetou uma questão de ordem processual no sentido de que o processo retornasse à instância inferior para a análise de outro pedido não enfrentado no julgado que motivou o *Habeas Corpus*, nada obstante à superação da tese da legalidade de prisão do devedor fiduciante¹⁸⁸.

À sua vez, o Ministro Carlos Velloso, pedindo vênias aos demais, entendeu por deferir integralmente o *Habeas Corpus*. Disse que na Turma tem curvado-se ao entendimento do plenário, porém em julgamento em plenário precisaria manifestar sua divergência¹⁸⁹. Seu voto atual é apenas uma remissão literal ao voto proferido no RE nº 206.482/SP.

Por fim, o Ministro Marco Aurélio acompanhou o voto do Ministro Carlos Velloso.

¹⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 81.319**, plenário, Brasília, DF, 24 de abril de 2002. p. 198. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78700> Acesso em: 01 out. 2014.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 200.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 204-205.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 226.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 222.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 227.

Logo, por maioria, a ordem foi indeferida, todavia, por unanimidade foi deferido o *habeas* de ofício, afastada a prejudicialidade de inconstitucionalidade, para determinar ao Tribunal o prosseguimento do exame dos demais fundamentos. Impedido o Ministro Sydney Sanches.

2.3.1.1.7 *Um balanço intermediário sobre os referidos julgados pré-EC nº 45/2004*

Até aqui deve-se considerar que o Supremo Tribunal Federal manteve a composição de Ministros em todos os julgados que foram objeto de comentário, o que denuncia a dificuldade de modificação/evolução de entendimento, especialmente considerando a mudança de regime constitucional em 1988. Também, é preciso considerar que, em se tratando de momentos iniciais, de virada constitucional, ainda soaria como natural, a presença bastante forte de argumentos de natureza jusprivatista, especialmente, em razão do pensamento trazido pela composição do tribunal, o qual em grande parte tomou posse em tempo anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988¹⁹⁰.

Outra questão bastante peculiar é o fato de que, nada obstante à existência de unanimidade de entendimento nos julgados comentados acerca da hierarquia legal dos tratados e convenções internacionais em geral, os Ministros se dividiram em relação às conclusões do que isso representava nos contextos em análise. Observe-se que, embora tanto a maioria como a minoria formada tenham, em alguns casos, assentado a hierarquia legal dos tratados, chegaram a compreensões diferentes sobre a derrogação (na minoria) ou não derrogação (na maioria) dos termos do Decreto-Lei nº 911/69 acerca da prisão civil e a equiparação (ou não) dos institutos da alienação fiduciária e do depósito.

¹⁹⁰ Ministros: Moreira Alves (1975-2003); Neri da Silveira (1981-2002); Francisco Rezek (1983-1990), exonerou-se a pedido, depois foi novamente nomeado (1992-1997); Octávio Gallotti (1984-2000); Sydney Sanches (1984-2003); Carlos Velloso (1990-2006); Sepúlveda Pertence (1989-2007); Marco Aurélio (1990 -); Celso de Mello (1989 -). Id. Supremo Tribunal Federal. **Linha Sucessória dos Ministros do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfComposicaoMinistroApresentacao&pagina=linhasucessoria> Acesso em 01 de out. 2014.

Entre os destaques indicativos de mudança de entendimento ficaram por conta do Ministro Carlos Velloso a partir do RE nº 206.482/SP, que passou a defender o caráter materialmente constitucional dos tratados e convenções de direitos humanos por força do § 2º do art. 5º da Constituição, abrindo uma frente que começou a estabelecer certo caráter especial daqueles em relação aos tratados e convenções em geral. Todavia, a defesa de uma concepção materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, embora naquele contexto significasse um avanço, paradoxalmente ainda permanecia segregada ao nível da hierarquia legal, porém dotada de uma especial qualificação em relação às demais normas do sistema, mas sempre abaixo da Constituição. Esse talvez seja o grande indicativo que orientou o Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do HC nº 79.785/RJ que, embora curvando-se à jurisprudência sedimentada, começava a pensar no caráter de supralegalidade dos tratados e convenções de direitos humanos, entendimento que viria a vingar em 2008, conforme analisar-se-á na sequência.

Também se deve consignar que até então o art. 5º da Constituição Federal ainda não contava com a Emenda Constitucional nº 45/2004, que lhe introduziu o § 3º instituindo uma nova ritualística de admissão de tratados internacionais de direitos humanos.

Por derradeiro, um traço comum auferido e definitivo, além daqueles que já foram destacados, é o de que todas as teses a respeito do *status* hierárquico dos tratados e convenções em geral e de direitos humanos não se descuidam do aspecto escalonado, formal e procedimental da ordem jurídica e da supremacia 'piramidal' da Constituição, ficando em plano secundário o caráter hermenêutico dos direitos humanos e a verdadeira autoridade normativa e conteudística da Constituição.

2.3.1.2 Os julgamentos do plenário do Supremo Tribunal Federal envolvendo os tratados internacionais de direitos humanos, pós EC nº 45/2004

Agora, já sob a égide de uma nova disposição constitucional no art. 5º inserida pela EC nº 45/2004, o cenário começa a se modificar, ainda que não

se possa comemorar, no sentido mais puramente hermenêutico, a “evolução” na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

2.3.1.2.1 Agravo Regimental no Mandado de Injunção nº 772/RJ, julgado em 24/10/2007 e relatado pelo Ministro Celso de Mello

Na realidade nesse caso não houve, de fato, debate acerca da questão dos tratados internacionais de direitos humanos, uma vez que o relator foi acompanhado pelos demais Ministros no sentido de não conhecer do recurso levado ao plenário por ausência de capacidade postulatória do recorrente.

Contudo, o interessante aqui é que o relator Ministro Celso de Mello, como já fizera em outras oportunidades, ainda defendia a tese da supremacia piramidal e formal da Constituição perante os tratados internacionais, nada obstante o recurso tenha sido motivado pela alegação de violação da Convenção Americana, em razão de suposta restrição à capacidade postulatória do recorrente em face de prerrogativa constitucional de advogado.

O Ministro Relator voltou a advertir que “é irrecusável a supremacia da Constituição sobre todos os tratados internacionais celebrados pelo Estado brasileiro”¹⁹¹, de maneira que todas as leis e tratados estão a ela subordinados. Nenhum valor jurídico terá o tratado internacional que incorporado ao sistema de direito positivo, transgredir formal ou materialmente o texto da Carta Política. “O sistema brasileiro não confere qualquer precedência hierárquico-normativa aos atos internacionais sobre o ordenamento constitucional”¹⁹², com ressalva para as exceções dos parágrafos 2º e 3º do art. 5º da Constituição”¹⁹³.

Todavia, foi passado um longo período desde a primeira vez que o plenário da Corte havia se dedicado ao debate que trazia como pano de fundo o status hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos que, em

¹⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no mandado de injunção nº 772**, plenário, Brasília, DF, 24 de abril de 2002. p. 61. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=582646>. Acesso em: 01 out. 2014.

¹⁹² Ibid., p. 62.

¹⁹³ Ibid., p. 67.

2008, a questão versando sobre o mesmo tema veio à tona novamente por ocasião dos julgados consolidados em 03/12/2008. Nesta oportunidade, foi submetido ao plenário o julgamento do RE nº 466.343, do RE nº 349.703, do HC nº 87.585 e do HC nº 92.566, nos quais, exceto no último caso, em que ainda ficou vencido o Ministro Menezes Direito, o Tribunal por maioria superou a tese da hierarquia legal e passou a acolher da tese da supralegalidade, capitaneada pelo Ministro Gilmar Mendes. Entre os votos dos Ministros, observou-se a proposição de uma nova leitura da tese da hierarquia constitucional tendo, agora, como seu maior expoente o Ministro Celso de Mello.

Os debates mais complexos se deram no julgamento do RE nº 466.343/SP e do HC nº 87.585/TO, quando, novamente, o tema da vez era a legalidade constitucional da prisão civil do depositário (infidel) em razão dos termos do Pacto de São José da Costa Rica, conforme se observará na sequência.

2.3.1.2.2 Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, julgado em 03/12/2008 e relatado pelo Ministro Cezar Peluso

O relator em seu voto bastante articulado prescindiu, tal como já fizera em outra oportunidade o Ministro Sepúlveda Pertence (HC nº 72.131/RJ), da análise do Pacto de São José da Costa Rica. Disse o Ministro relator que a não equiparação entre os institutos (depósito e alienação fiduciária) leva a consequência da inconstitucionalidade da prisão civil do devedor fiduciante¹⁹⁴. Por isso, concluiu por negar provimento ao recurso da instituição bancária.

O Ministro Gilmar Mendes, em voto-vogal já antecipado em novembro de 2006, dividiu-o em duas partes, sendo que por questão metodológica da tese deter-se-á apenas na primeira parte do voto intitulada como “Prisão civil do depositário infiel em face dos tratados internacionais de direitos humanos”.

¹⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 466.343**, plenário, Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. p. 1133-1134. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 01 out. 2014.

De início o Ministro Gilmar Mendes justificou que se não há maiores complexidades na prisão civil do devedor de alimentos, o mesmo não ocorreria com relação à prisão do depositário infiel. Referiu que a adesão do Brasil à Convenção Americana e ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos iniciou um debate acerca de uma possível revogação da parte final do inciso LXVII do art. 5º da Constituição quanto a expressão “depositário infiel” e demais legislações infraconstitucionais¹⁹⁵.

Disse o Ministro que ainda que o exame da relação hierárquico-normativa entre tratados e Constituição precede a discussão entre monistas (Kelsen) e dualistas (Triepel). Referiu que o § 2º do art. 5º deu ensejo ao instigante debate teórico e jurisprudencial sobre o status hierárquico dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, o qual pode ser sistematizado em quatro correntes principais: a) supraconstitucional, b) constitucional, c) legal e d) supralegal.

No primeiro caso (supraconstitucional), em razão da dificuldade imposta pela supremacia formal e material da Constituição, não se revestiria de possibilidade por inviabilizar o controle de constitucionalidade¹⁹⁶.

A tese da hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, para o Ministro, apesar de interessante, teria sido, de certa forma, esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, em face da introdução do § 3º no art. 5º da Constituição¹⁹⁷. Em termos práticos, aduziu tratar-se de uma declaração eloquente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não poderiam ser comparados às normas constitucionais¹⁹⁸. Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar “o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade

¹⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 466.343**, plenário, Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. p. 1136. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 01 out. 2014.

¹⁹⁶ Ibid., p. 1139.

¹⁹⁷ Ibid., p. 1144.

¹⁹⁸ Ibid., *loc. cit.*

entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico”¹⁹⁹.

Da mesma maneira, a tese da hierarquia legal, a qual preconiza a ideia de que os tratados de direitos humanos, como quaisquer outros instrumentos convencionais de caráter internacional, poderiam ser concebidos como equivalentes às leis ordinárias. Isso porque, para o Ministro, os acordos internacionais não possuiriam a devida legitimidade para confrontar, nem para complementar o preceituado pela Constituição Federal em matéria de direitos fundamentais. Aditou a isso o fato de que em razão da alteração imposta pela EC nº 45/2004, teria ficado cada vez mais difícil de ser sustentada²⁰⁰.

Adiante, o Ministro invocou a doutrina de Häberle sobre Estado Constitucional Cooperativo quando, diante da complexidade de sua concepção, destacou como de necessário reconhecimento os seus aspectos sociológico-econômico e ideal-moral como os mais evidentes. E no que se refere ao aspecto ideal-moral, aduziu que não se pode deixar de considerar a proteção aos direitos humanos como a fórmula mais concreta de que dispõe o sistema constitucional²⁰¹.

Após largo esforço teórico-dogmático para descaracterizar as outras correntes, o Ministro asseverou que lhe parecia 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 internacionais 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”. O Ministro não deixou de consignar que a tese da supralegalidade foi pela primeira vez aventada no Recurso em HC nº 79.785/RJ pelo voto do Ministro Sepúlveda Pertence²⁰².

¹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 466.343**, plenário, Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. p. 1144. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 01 out. 2014.

²⁰⁰ Ibid., p. 1145.

²⁰¹ Ibid., p. 1148.

²⁰² Ibid., p. 1154.

A partir disso, o Ministro fez uma analogia com o direito comparado, mencionando que a qualificação de suprallegalidade foi consagrada na Constituição da Alemanha (art. 25), na da França de 1958 (art. 55) e na Constituição da Grécia de 1975 (art. 28)²⁰³. Aduziu ainda que na jurisprudência do STF, durante algum momento histórico imperou, inclusive, o entendimento da supremacia do direito internacional sobre as normas infraconstitucionais, citando a título exemplificativo, os julgamentos das Apelações Cíveis nº 9.587, de 1951, Rel. Min. Orozimbo Nonato, e 7.872, de 1943, Rel. Min. Philadelpho Azevedo²⁰⁴.

Assim, segundo o Ministro, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional teria tornado imperiosa a mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional, de maneira que seria necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano²⁰⁵.

Para o Ministro Gilmar Mendes, desde a adesão do Brasil no ano de 1992 ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, portanto, para a prisão civil do depositário infiel²⁰⁶. Todavia, a afirmação do Ministro não deixa clara a razão pela qual, nesta situação, se admitiria a derrogação da Constituição pela Convenção Americana, isto é, no que tange a não aplicação parcial da prisão civil.

O Ministro ressaltou que o legislador constitucional não fica impedido de submeter o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, além de outros tratados de direitos humanos, ao procedimento especial de

²⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 466.343**, plenário, Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. p. 1155. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 01 out. 2014.

²⁰⁴ Cf. *Ibid.*, p. 1156 *et seq.*

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 1160.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 1161.

aprovação previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição, tal como definido pela EC nº 45/2004, buscando conferir-lhes *status* de emenda constitucional²⁰⁷. O Ministro consignou ainda, em outra parte de seu voto, que se deveria ter em conta que o Decreto-Lei nº 911/69 foi editado sob a égide do regime ditatorial instituído pelo Ato Institucional nº 5, de 1968, de forma que tal ato normativo não passaria sob o crivo do Congresso Nacional no contexto atual do Estado constitucional, em que são assegurados direitos e garantias fundamentais a todos os cidadãos²⁰⁸.

Por essas, dentre outras razões, negou provimento ao recurso.

A Ministra Cármen Lúcia acompanhou o relator na questão da impossibilidade de equiparação entre depósito e alienação fiduciária para fins de prisão civil. Mas, no demais, especialmente quanto à tese da suprallegalidade, acompanhou o Ministro Gilmar Mendes²⁰⁹.

O Ministro Ricardo Lewandowski também acompanhou os votos dos Ministros que o precederam²¹⁰.

O Ministro Joaquim Barbosa acompanhou o relator e agregou alguns apontamentos no sentido de que com o advento do Pacto de São José da Costa Rica tornou-se insustentável a prisão civil nos casos de alienação fiduciária em garantia e o essencial é que a primazia conferida em nosso sistema constitucional à proteção à dignidade da pessoa humana faz com que, na hipótese de eventual conflito entre regras domésticas e normas emergentes de tratados internacionais, a prevalência, sem sombra de dúvidas, há de ser outorgada à norma mais favorável ao indivíduo²¹¹.

Os Ministros Ayres Britto e Marco Aurélio acompanharam o relator²¹².

O Ministro Celso de Mello, em voto-vista, revisou seu posicionamento de defesa da hierarquia legal dos tratados e convenções de direitos humanos,

²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 466.343**, plenário, Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. p. 1161. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 01 out. 2014.

²⁰⁸ Ibid., p. 1192.

²⁰⁹ Ibid., p. 1194-1195.

²¹⁰ Ibid., p. 1196-1198.

²¹¹ Ibid., p. 1200.

²¹² Ibid., p. 1202-1209.

para a defesa da hierarquia constitucional, fazendo expressa referência ao “crescente processo de internacionalização dos direitos humanos e na necessária análise das relações entre o direito nacional (direito positivo interno do Brasil) e o direito internacional dos direitos humanos”, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs²¹³.

Também, por sua vez, depois de realizar um grande esforço histórico e teórico sobre a importância das declarações internacionais para o constitucionalismo do pós-guerra e suas implicações para a Constituição Federal de 1988, bem como de suas convicções até então²¹⁴, o Ministro Celso de Mello apontou para a necessidade de revisão de seu entendimento.

Para tanto, o Min. Celso de Mello se disse compelido a distinguir para efeito de posição hierárquica em face do ordenamento positivo interno, entre convenções internacionais de direitos humanos e tratados internacionais diversos²¹⁵. Reconhece o Ministro a existência de expressivas lições doutrinárias (Augusto Cançado Trindade, Flávia Piovesan, Celso Lafer e Valério de Oliveira Mazzuoli, dentre outros) que sustentam com sólida fundamentação teórica que os tratados internacionais de direitos humanos assumem, na ordem positiva interna brasileira, qualificação constitucional. Acentuou ainda, que as convenções internacionais em matéria de direitos humanos, celebrados pelo Brasil antes do advento da EC nº 45/2004, como ocorre com o Pacto de São José da Costa Rica, revestem-se de caráter materialmente constitucional, compondo, sob tal perspectiva, a noção conceitual de bloco de constitucionalidade²¹⁶.

O Min. Celso de Mello, após muita reflexão sobre esse tema e, nada obstante anteriores julgamentos da Corte que participou como Relator, inclinou-se então a acolher a qualificação de natureza constitucional às convenções

²¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 466.343**, plenário, Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. p. 1216. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 01 out. 2014.

²¹⁴ Cf. *Ibid.*, p. 1219 *et seq.*

²¹⁵ *Ibid.*, p. 1230.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 1234-1235.

internacionais de direitos humanos²¹⁷. O Ministro, reconsiderando o seu anterior entendimento, destacou, que o § 2º do art. 5º da Constituição – verdadeira cláusula geral de recepção – autoriza o reconhecimento de que os tratados internacionais de direitos humanos possuem hierarquia constitucional, em face da relevantíssima circunstância de que viabilizam a incorporação, ao catálogo constitucional de direitos e garantias individuais, de outras prerrogativas e liberdades fundamentais, que passam a integrar subsumindo-se ao seu conceito, o conjunto normativo configurador do bloco de constitucionalidade²¹⁸.

Nessa perspectiva, valorizar-se-á o sistema de proteção dos direitos humanos mediante atribuição aos atos de direito internacional público de hierarquia superior à legislação comum sempre que se cuide de tratados internacionais de direitos humanos²¹⁹.

No caso concreto, abandonando a defesa da hierarquia legal dos tratados internacionais, ressaltando as possibilidades de mutações legais, convencionais ou de interpretação judicial, assentou o Ministro que a prisão civil do depositário infiel não é mais compatível com os valores supremos da Constituição²²⁰.

Assim, disse o Ministro que estava evoluindo no sentido de atribuir, aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, superioridade jurídica em face da generalidade das leis internas brasileiras, reconhecendo às referidas convenções internacionais, qualificação constitucional. Todavia, ressaltou a supremacia da Constituição sobre todos os tratados internacionais celebrados pelo direito brasileiro, inclusive, aqueles que versarem o tema dos direitos humanos²²¹.

Ao fim, conheceu e negou provimento ao recurso.

O Ministro Menezes Direito, embora tenha feito um voto dotado de algumas razões teóricas próprias, especialmente no que diz respeito ao

²¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 466.343**, plenário, Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. p. 1238-1239. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 01 out. 2014.

²¹⁸ Ibid., p. 1260.

²¹⁹ Ibid., p. 1250.

²²⁰ Ibid., p. 1252 *et seq.*

²²¹ Ibid., p. 1254-1255.

aspecto ético dos direitos humanos para convivência na sociedade internacional²²², destacou que partilhava do entendimento do caráter supra-estatal dos direitos humanos, que são direitos do ser do homem e, portanto, pré-existentes ao direito interno. O homem não está limitado ao Estado Nacional e seus direitos também não. Entretanto, considerando a dificuldade de ação direta de espécies normativas internacionais diretamente no plano constitucional, acabou por acompanhar o entendimento de Ministro Gilmar Mendes no voto-vogal proferido no RE nº 466.343/SP²²³.

Ao fim, por unanimidade foi negado provimento ao recurso.

2.3.1.2.3 Recurso Extraordinário nº 349.703/RS, julgado em 03/12/2008 e relatado pelo Ministro Carlos Ayres Britto

O recurso foi relatado originalmente pelo Ministro Ilmar Galvão, depois sucedido pelo Ministro Ayres Britto. Nesse julgamento, as questões não se desdobraram de forma muito diferente, embora a composição do tribunal e dos votos não fosse idêntica²²⁴.

O primeiro a votar foi o Ministro Relator Ilmar Galvão, ainda em 2003 (antes da EC nº 45/2004), o qual motivado pela iminência de seu afastamento da Corte, pelo momento de abertura internacional dos textos constitucionais e pelo mero pragmatismo da tese que sustentava que a alienação fiduciária, sem o depósito, perderia em eficácia, precisou deixar consignado seu posicionamento. Destacou desde o início o compromisso do texto constitucional com a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos, defendendo com base na doutrina de Jorge Miranda, Flavia Piovesan, Paulo

²²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 466.343**, plenário, Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. p. 1299-1300. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 01 out. 2014.

²²³ Ibid., p. 1302-1303.

²²⁴ Id. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 349.703**, plenário, Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. p. 694. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>. Acesso em: 01 out. 2014.

Gonet Branco e outros²²⁵ para justificar o sentido normativo desses compromissos. Analisou o caráter universal das declarações de direitos no curso da história, com especial destaque para a Declaração Universal dos Direitos do Homem e ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de direitos econômicos, sociais e culturais e a declaração americana de direitos humanos²²⁶. Concluiu o Ministro que isso importaria obviamente uma internacionalização dos direitos fundamentais, a ponto de afirmar que qualquer país que pretenda credenciar-se à cooperação internacional deve satisfazer as exigências ou os *standards* mínimos anotados²²⁷.

Naquele momento, em razão do conteúdo do § 2º do art. 5º da Constituição Federal (antes da EC nº 45/2004), soaria como injustificado o posicionamento até então defendido na jurisprudência do STF (hierarquia legal), no qual se tinha uma norma de caráter aberto ao ingresso de outros direitos provenientes de tratados de direitos humanos, ainda que não tivessem o condão de emendar a Constituição. Mas, “em razão de sua materialidade constitucional poderiam integrar o que se chama de bloco de constitucionalidade (Canotilho), ganhando assim, hierarquia constitucional”²²⁸.

Segundo o Ministro Ilmar Galvão, seria a própria Constituição que consideraria essa possibilidade, a qual em caso de conflito deve se resolver pelo princípio da primazia da norma mais favorável a vítima²²⁹.

Assim, modificando seu entendimento, votou por não conhecer o recurso.

Os Ministros Moreira Alves e Sydney Sanches reiteraram seus posicionamentos anteriores, no sentido de que a ausência de prisão civil enfraquece o instituto da alienação fiduciária, por isso, conheciam o recurso e lhe davam provimento²³⁰.

²²⁵ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 349.703**, plenário, Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. p. 684 *et seq.* Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>. Acesso em: 01 out. 2014.

²²⁶ *Ibid.*, p. 681-682.

²²⁷ *Ibid.*, p. 682-683.

²²⁸ *Ibid.*, p. 687-688.

²²⁹ *Ibid.*, p. 688.

²³⁰ *Ibid.*, p. 696-697.

O Ministro Gilmar Mendes, aproveitando o julgamento conjunto dos processos acima referidos ainda em 2006, proferiu o mesmo voto já analisado no julgado anterior²³¹.

O Ministro Celso de Mello, também aproveitando a julgamento conjunto dos processos, porém já na sessão de 2008, proferiu o mesmo voto já analisado no julgado anterior²³².

Da mesma maneira procedeu o Ministro Menezes Direito²³³.

O Ministro Peluso, aderindo ao voto de Menezes Direito, acrescentou com base em Paulo Borba, que a questão dos direitos humanos por dizer respeito aos direitos fundamentais, “tem primazia na Constituição, logo, são sempre, no mínimo materialmente constitucionais, do que se extrai da conjugação dos §§ 2º e 3º da Constituição”. Todavia, a distinção (formal e/ou material) se prestaria apenas para saber os efeitos ou os requisitos do ato de denúncia pelo qual o Estado pode desligar-se de seus compromissos internacionais, não se referindo à dimensão histórica dos direitos fundamentais a ser revelada interpretativamente pela Corte²³⁴.

Ao fim, por maioria, negaram provimento ao recurso.

2.3.1.2.4 *Habeas Corpus n° 87.585/TO, julgado em 03/12/2008 e relatado pelo Ministro Marco Aurélio*

O referido *Habeas Corpus*, também foi afetado da Turma ao Plenário por unanimidade. O Ministro relator, em voto sucinto, manteve-se fiel ao posicionamento original desde o HC n° 72131/RJ, isto é, de não equiparação entre a alienação fiduciária e o depósito e de que com a introdução do Pacto de São José da Costa Rica no cenário nacional restaram derogadas as normas

²³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 349.703**, plenário, Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. p. 699 *et seq.* Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>. Acesso em: 01 out. 2014.

²³² *Ibid.*, p. 769 *et seq.*

²³³ *Ibid.*, p. 830 *et seq.*

²³⁴ *Ibid.*, p. 850-851.

estritamente legais definidoras da prisão do depositário infiel. Por isso, concedia o *habeas corpus*, tornando definitiva a liminar e afastando a prisão²³⁵.

O Ministro Celso de Mello, em seu voto-vista, caminhou nos mesmos termos dos dois julgados anteriores, isto é, revisando seu entendimento (hierarquia legal) para conferir aos tratados e convenções de direitos humanos hierarquia constitucional. Ao fim, deferiu o pedido de *Habeas Corpus* para invalidar a ordem judicial de prisão civil decretada²³⁶.

O Ministro Menezes Direito, também votou de forma remissiva ao que já tinha procedido no RE nº 466.343/SP, acompanhando a tese da supralegalidade defendida lá pelo Ministro Gilmar Mendes²³⁷.

A Ministra Carmem Lúcia, o Ministro Lewandowski e o Ministro Eros Grau aderiram ao voto do Ministro Menezes Direito, deferindo assim ordem de *habeas corpus*²³⁸.

O Ministro Peluso, nos mesmos termos do RE nº 349.703/RS, sustentou o caráter materialmente constitucional dos tratados e convenções de direitos humanos²³⁹.

O Ministro Ayres Britto, disse que seu voto era baseado no § 2º do art. 5º da Constituição porque lhe atribuía o início do movimento de internacionalização dos direitos humanos, por consequência, prescindindo do § 3º inserido pela EC nº 45/2004. Em complemento, invocou o art. 4º, II, da Constituição²⁴⁰. A essência de sua fundamentação foi no sentido de que a Constituição é condição para a validade do Pacto de São José da Costa Rica por força do § 2º do art. 5º da Constituição, proibitivo da prisão civil por dívida. Argumentou que o Pacto prevalece como norma supralegal, por não ter se submetido ao rito do § 3º do art. 5º da Constituição, porém, sua hierarquia

²³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 87.585**, plenário, Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. p. 240-241. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>. Acesso em: 01 out. 2014.

²³⁶ Ibid., p. 250-304.

²³⁷ Ibid., p. 310-330.

²³⁸ Cf. Ibid., p. 331-338.

²³⁹ Ibid., p. 352-354.

²⁴⁰ Ibid., p. 349.

intermediária autoriza a afastar a regra ordinária interna que possibilita a prisão por dívida²⁴¹. Assim, concedeu a ordem.

A Ministra Ellen Gracie acompanhou o voto do Ministro Celso de Mello²⁴².

O Ministro Gilmar Mendes reafirmou de forma remissiva os votos proferidos nos Recursos Extraordinários de nº 349.703/RS e 466.343/SP²⁴³.

2.3.1.2.5 Habeas Corpus nº 92.566/SP, julgado em 03/12/2008 e relatado pelo Ministro Marco Aurélio

O presente *Habeas Corpus* teve o mesmo destino de mérito dos processos que o antecederam na pauta, porém, inclusive, foi nele que se determinou o cancelamento da Súmula 619 do Supremo Tribunal Federal, a qual autorizava a prisão do depositário judicial. No entanto, de relevante neste julgado, apenas a sumarização das posições até então colhidas a partir dos debates nos Recursos Extraordinários nº 349.703/RS e nº 466.343/SP e no *HC* nº 87.585/TO, de acordo com a contemporânea composição da Corte²⁴⁴.

Nos votos não houve novas fundamentações ou acréscimos de outras razões, senão apenas em forma de remissão aos posicionamentos já exarados nos julgados comentados.

Ressalva para o voto do Ministro Menezes Direito que entendeu que a situação da ilegalidade da prisão civil do depositário não alcançava o depósito judicial²⁴⁵.

²⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 87.585**, plenário, Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. p. 349. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>. Acesso em: 01 out. 2014.

²⁴² *Ibid.*, p. 355-356.

²⁴³ *Ibid.*, p. 358.

²⁴⁴ Id. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 92.566**, plenário, Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. p. 451-471. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595384>. Acesso em: 01 out. 2014.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 458.

Assim, resumindo os votos dos membros do Tribunal, tem-se que: os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie perfilaram-se à tese da hierarquia constitucional; os Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Menezes Direito, Carlos Ayres Britto e Cármen Lúcia perfilaram-se a tese da suprallegalidade; o Ministro Marco Aurélio não se perfilou a nenhuma das teses; o Ministro Joaquim Barbosa não pronunciou-se especificamente sobre a questão²⁴⁶.

No julgado em comento, por maioria, vencido o Ministro Menezes Direito, que discordou da questão para quando se tratar de depósito judicial, foi concedido o *habeas corpus*²⁴⁷.

2.3.1.2.6 Um balanço geral sobre os referidos julgados pré e pós-EC nº 45/2004

Primeiramente, cabe destacar que passados 20 anos de Constituição e uma vez, substancialmente, modificada a composição do Supremo Tribunal Federal²⁴⁸, seria natural que o entendimento sobre o tema auferisse novos rumos. Seria, também, inexorável que, após a introdução do § 3º no art. 5º da Constituição pela EC nº 45/2004, o Tribunal viesse a ser pronunciar de forma diferente sobre a questão, ainda que não se possa considerar o *novo* entendimento um avanço sustentável.

Foi observado que houve uma nítida tendência de natureza juspublicista nos votos, caminhando-se no sentido de dar relevo as declarações e instrumentos internacionais de direitos humanos e o compromisso das Constituições com a afirmação dos direitos humanos e fundamentais. Todavia,

²⁴⁶ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 92.566**, plenário, Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. p. 466 et seq. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595384>. Acesso em: 01 out. 2014.

²⁴⁷ Ibid., p. 471.

²⁴⁸ Ministros: Ellen Gracie (2000-2011); Gilmar Mendes (2002-); Cezar Peluso (2003-2012); Menezes Direito (2007-2009); Ayres Britto (2003-2012); Eros Grau (2004-2010); Cármen Lúcia (2006 -); Ricardo Lewandowski (2006 -); Joaquim Barbosa (2003 -), embora não tenha se posicionado nos julgados. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Linha Sucessória dos Ministros do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfComposicaoMinistroApresentacao&pagina=linhasucessoria> Acesso em 01 de out. 2014.

as conclusões levadas a efeito, não parecem ter sido objetivamente determinantes, pois os rumos dos novos julgados acabaram por assentar a mesma consequência, ainda que tenha se mudado a fundamentação. Com efeito, a questão do tratamento hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos no âmbito do STF não se modificou de forma hermeneuticamente determinante.

Também reforça neste sentido o fato de que a presença de duas teses dominantes na atual composição - hierarquia constitucional e hierarquia supralegal – esta última garantida apenas pela maioria (não absoluta), estão intimamente ligadas às condições instituídas pelo § 3º do art. 5º da Constituição. Isto é, para tratados e convenções de direitos humanos recepcionados antes da Emenda e, mesmo para aqueles pós-Emenda, mas, que não tenham se submetido à ritualística nela prevista, possuem *status* supralegal, ao passo que aqueles que, depois da EC nº 45/2004, se submeterem aquele rito, passaram a gozar de status de equivalência constitucional formal e material²⁴⁹.

Em termos comparativos com o desfecho do balanço intermediário anterior, se pode concluir que, novamente, a preocupação central que permeia os votos num e noutro sentido – constitucional e supralegal – é a rigidez formal sistemática da ordem jurídica e a supremacia (hierárquica) constitucional, e nem tanto o caráter hermenêutico e afirmativo dos direitos humanos.

Registre-se que em momento algum discutiu-se ou aventou-se a possibilidade de eventual inconstitucionalidade do § 3º do art. 5º da Constituição introduzido pela EC nº 45/2004, na realidade, a novidade legislativa foi determinante para o “novo” posicionamento do Tribunal, embora, como dito, sem qualquer avanço hermenêutico.

Assim, o que se depreende das concepções desenvolvidas no âmbito Supremo Tribunal Federal é um desacerto, uma dissintonia com o propósito

²⁴⁹ Até 25 de maio de 2014 se incluem neste rol o Decreto Legislativo nº 186, de 9.7.2008, publicado no DOU de 10.7.2008 e que aprovou o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007; e, o Decreto nº 6.949, de 25.8.2009, publicado no DOU de 25.8.2009, que promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.

constitucional e com os direitos humanos em geral, e o padecimento de uma melhor racionalidade interpretativa. A perspectiva numa e noutra tese são de natureza semântica e de caráter hierárquico-normativista, carecendo de um adequado enfrentamento do ponto de vista teórico sobre o papel dos tratados internacionais de direitos humanos no constitucionalismo brasileiro e contemporâneo. A inadequada compreensão de supremacia constitucional reduzida ao escalonamento formal, de normatividade atrelada à centralidade na produção legislativa estatal e a dicotomia entre ordens interna-internacional, olvidam as possibilidades normativas que podem auxiliar na aplicação direta dos tratados internacionais de direitos humanos ou mesmo da ideia de bloco de constitucionalidade no cenário de internacionalização crescente. Em quaisquer das correntes hierárquicas vislumbradas nos julgados comentados, foi possível verificar um déficit substancial de constitucionalidade por parte da própria jurisdição constitucional, que deveria ser responsável por zelar pela máxima e adequada efetividade da Constituição.

Por certo, no olhar estreito, o afastamento da prisão civil do depositário infiel com base na Convenção Americana de Direitos Humanos representou uma evolução e uma inovação: uma evolução em relação ao posicionamento firmado até então e uma inovação, pois fixou um critério de compreensão ao § 3º do art. 5º da Constituição Federal introduzido pela EC nº 45/2004, despertando o espaço para um novo parâmetro normativo (interno) de controle jurisdicional, a supralegalidade. Todavia, em termos de internacionalização do Direito por meio da Constituição, não há o que se comemorar, pois na realidade o que se consolidou no novo entendimento é o assentamento da supremacia formal da Constituição e da sistematicidade da ordem interna. Em última *ratio*, com a supralegalidade sobrou dos tratados internacionais de direitos humanos puramente direito interno ou como queiram um direito internacional internalizado.

Todavia, a expectativa era a de que o Supremo Tribunal Federal viesse a estabelecer um entendimento consonante com o processo de internacionalização do direito, objetivando um acréscimo mais incisivo da normatividade constitucional, tendo por mira os tratados internacionais de direitos humanos. No entanto, a história revelada pelo Supremo Tribunal

Federal acabou por reafirmar o comportamento “imperialista” presente no imaginário jurídico, quando tendo a oportunidade de conferir um tratamento destacado aos tratados internacionais de direitos humanos optou pela primazia formal da Constituição e a adoção de um *tertium genus*, incompatível com nosso sistema constitucional, na medida em que acabou por criar uma “espécie normativa” até então inexistente, senão inconstitucional, a suprallegalidade.

A interpretação levada a efeito, em particular, nos julgamentos do HC nº 87.585/TO e do RE nº 466.343/SP, os quais culminaram com a definição do caráter de suprallegal dos tratados e convenções de direitos humanos e o modo de sua admissão antes e pós EC nº 45/2004, parece ter servido como esteio para a manutenção do senso comum que circunda o argumento de “supremacia da Constituição” em uma visão formalista e autoritária.

Mesmo sem se imiscuir na discussão dos casos concretos propriamente ditos, observa-se que a discussão sobre o modo de incorporação e tratamento dos tratados de direitos humanos pelo Supremo Tribunal Federal sempre esbarraram numa e noutra variação da concepção hierárquico-normativista, isto é, legal, suprallegal ou mesmo constitucional. Tais posições carecem de uma análise verdadeiramente hermenêutica sobre o tema em privilégio de discursos autoritaristas que servem para afastar o debate (substancializado) em torno dos tratados internacionais de direitos humanos.

Nesse cenário, a invocação da supremacia da Constituição - formal e mesmo quando material - em cada uma das correntes esconderam argumentos que não passam de “reservas de poder” em detrimento do compromisso com os direitos humanos. Na realidade, por parte da Corte, o receio é perder o poder de “dizer o Direito em última palavra”, uma espécie de supremacia da jurisdição constitucional²⁵⁰. Hermeneuticamente falando, as decisões firmadas nos julgados não respondem a nenhuma pergunta democraticamente posta pela própria autonomia da Constituição em face da internacionalização do Direito. Nem mesmo os votos dos Ministros que defenderam o caráter material dos

²⁵⁰ Cf. Voto do Min. Gilmar Mendes no RE nº 466.343. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 466.343**, plenário, Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. p. 1144. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 01 out. 2014.

tratados internacionais de direitos humanos não conseguem superar essa realidade formal e piramidal de ver a supremacia constitucional.

Sem enraizamento hermenêutico os discursos que se afirmaram nos julgados são frágeis e de caráter relativista, pois tanto servem aos interesses do Estado, ou às vezes do próprio Tribunal. Um clássico exemplo desse possível relativismo se pode extrair dos argumentos que compõem boa parte dos votos dos mesmos Ministros do STF no julgamento da ADPF n° 132/RJ, encampada pela ADI n° 4277/DF (2011), que versou sobre o reconhecimento das uniões homoafetivas²⁵¹.

O acórdão dessas ações em diversas oportunidades foi buscar esteio em normas do internacional dos direitos humanos, sem qualquer mediação ou subordinação constitucional, como por exemplo: a invocação do direito à felicidade extraída da primeira Declaração norte-americana de Direitos Humanos ou aos Princípios de Yogyakarta eleitos na Conferência Internacional realizada na Indonésia (2006) sobre o direito de constituir família independentemente da orientação sexual e do gênero²⁵²; a expressa referência a julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos²⁵³ acerca da compreensão do conteúdo existencial da dignidade da pessoa humana²⁵⁴; assim como também se defendeu doutrina que faz expressa fundamentação baseada em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário²⁵⁵. O Supremo Tribunal Federal, nitidamente, para além de seu papel jurisdicional constitucional, voluntariou-se ativista e discricionariamente no tema, no caso, indevidamente movido pelo clamor social em detrimento do próprio texto da

²⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 132**, plenário, Brasília, DF, 05 de maio de 2011, p. 211-212. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 01 out. 2014.

²⁵² Ibid., p. 258 *et seq.*

²⁵³ Cf., por exemplo, referência aos casos *Loayza Tamayo versus Peru*, *Cantoral Benevides versus Peru*, entre outros. Ibid., p. 212.

²⁵⁴ Cf. voto do Ministro Marco Aurélio. In. Ibid., p. 200 *et seq.*

²⁵⁵ Cf. voto do Ministro Celso de Mello, onde cita Paulo Roberto Iotti Vecchiatti (“Manual da Homoafetividade”, p. 220/221): Com efeito, a partir do momento em que a Constituição Federal reconheceu o amor como o principal elemento formador da entidade familiar não-matrimonializada, alçou a afetividade amorosa à condição de princípio constitucional implícito, que pode ser extraído em função do art. 5.º, § 2.º, da CF/1988, que permite o reconhecimento de princípios implícitos por decorrentes dos demais princípios e do sistema constitucional (além dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil faça parte). Ibid. p. 42.

Constituição e seu próprio posicionamento firmado há alguns anos antes em tema correlato²⁵⁶.

Portanto, ainda que não se possa dizer que o Supremo Tribunal Federal não tenha se esforçado no debate acerca dos tratados internacionais de direitos humanos, o fato é que, no mínimo, não conseguiu estabelecer um perfil de entendimento devidamente delineado e adequado teoricamente. A única unanimidade observável é que o critério para definição de todas as correntes suscitadas nos votos é o hierárquico-normativo e, por consequência, suscetível aos desvios relativistas e de pouco espaço produtivo para a internacionalização do Direito, mormente via direito constitucional.

Outro equívoco levado pela capa de sentido que sustenta os discursos nos votos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nos casos comentados é o da possível inconstitucionalidade parcial da EC n° 45/2004 (§ 3º, art. 5º, CF/1988). Ainda que tenham invocado como argumentos de autoridade a compreensão “sistemática” ou mesmo a “formal supremacia constitucional”, os Ministros sequer cogitaram debater a (in)constitucionalidade da referida emenda em relação às próprias disposições constitucionais originárias que estatuem prevalência dos direitos humanos e a recepção automática de tratados de direitos humanos do art. 5º, § 2º e pelo art. 4º da Constituição Federal, ou mesmo de seu retrocesso em relação ao art. 27 da Convenção de Viena (1969)²⁵⁷.

No entanto, essas compreensões são evidentes em denunciar o paradigma positivista-normativista que permeia os discursos dos componentes do Supremo Tribunal Federal. O uso da racionalidade que sustenta os fundamentos do escalonamento kelseniano – no qual a Constituição estaria no topo da ordem – acaba por reproduzir meramente compreensões de

²⁵⁶ Cf. STRECK, Lenio Luiz; DE LIMA, Rogério Montai. Relações homoafetivas: A conversão da união estável em casamento. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-jul-06/uniao-homoafetiva-direito-conversao-uniao-estavel-casamento> Acesso em: 01 out. de 2014; Id; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomáz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. Vol. 1, n. 2: 75-83 julho-dezembro 2009. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47/2401> Acesso em: 01 out. de 2014.

²⁵⁷ Art. 27. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.

“supremacia constitucional” sempre assentadas sob uma racionalidade formal, hermética, absoluta e metafísica, características da ordem escalonada do Mestre de Viena.

A questão vista sob esse viés somente poderia redundar na imprecisão/inadequação da posição do Supremo Tribunal Federal, seja pela contradição intelectual e ainda normativa em relação à própria Constituição, ou mesmo ao se confrontar a posição do Tribunal em outros julgados, como foi o caso da ADPF nº 132/RJ / ADI nº 4277/DF. Ou seja, o ponto nodal que se extrai dessa abordagem é que a busca por uma decisão judicial ou mesmo doutrinária que se alimente da análise reducionista do aspecto hierárquico-normativista não consegue definir critérios sustentáveis ou suficientes para sanar os conflitos que debatem a prevalência e a afirmação dos direitos humanos ou a própria evolução do direito constitucional em direção da internacionalização do Direito.

Assim, a própria discussão de critérios internacionais como o da aplicação da norma mais favorável não passa de uma discussão estéril, justamente porque não consegue superar a predominância dos critérios objetificadores como o hierárquico-normativo com que opera o direito interno, conforme reafirmou o Supremo Tribunal Federal. Observe-se que se estabeleceu um abismo – inexplicável - entre a razão pela qual se adere a um tratado internacional de direitos humanos, o qual tem a finalidade de favorecer a proteção da dignidade da pessoa humana e seu afastamento pelo direito interno em razão de critérios formal-procedimentalistas, nada obstante à presença de uma Constituição principiologizada nos mesmos termos. Ao que parece deveriam hermeneuticamente dialogar.

Ademais, qualquer defesa da ideia de bloco de constitucionalidade, considerando a subjugação do direito internacional ao direito interno, não passa de uma falácia mal compreendida, mesmo por aqueles Ministros que em algumas situações defenderam o caráter materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, pois sempre o fizeram em nível inferior à Constituição. Não há como admitir a noção de bloco de constitucionalidade se os tratados se encontram, acaso não admitidos na forma do § 3º do art. 5º da Constituição, em nível hierárquico abaixo da Constituição. Vale consignar que

após a Emenda Constitucional n° 45/2004 não houve qualquer disposição do legislador constitucional em mudar a condição da ampla maioria dos tratados internacionais de direitos humanos, dos quais o Brasil é signatário desde antes da referida emenda, fazendo com que, pela contingência da emenda e pelo julgamento do STF, estejam todos segregados ao nível da supralegalidade.

Por isso é que se afirma que existe espaço para o desenvolvimento de outras narrativas sob uma nova perspectiva dialogal-hermenêutica para auferir a produtividade escondida pelas premissas inadequadas do positivismo normativista que reduzem o papel das fontes nesse novo ambiente plural e internacionalizado. Nesse ponto, o diálogo hermenêutico pode representar um *plus* à adequada filtragem teórica e reconstrução de um novo cenário para o Direito em detrimento do encobridor e limitado debate hierárquico-normativo, em prol da eficácia dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica dos Estados ou mesmo na jurisprudência dos Tribunais nacionais. Mesmo porque um direito que se pretenda como acessível a todos não pode ser imposto como verdade revelada, mas consagrado como verdade compartilhada²⁵⁸.

2.4 AS “INOVAÇÕES” DA EC N° 45/2004 E A SUPRALEGALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO STF: A PASSIVIDADE DA DOUTRINA E A “HERMENÊUTICA” DOS DIREITOS HUMANOS

Considerando a introdução constitucional trazida pela EC n° 45/2004, em particular, ao § 3º do art. 5º da Constituição Federal, observou-se que, com raríssimas exceções, houve alguma espécie de resistência doutrinária à nova forma de admissão dos tratados internacionais de direitos humanos. O mesmo também deve ser dito quanto ao efeito colateral da mencionada emenda a partir do que foi levado a efeito pela decisão plenária do STF quando passou a adotar a tese da supralegalidade hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no constitucionalismo brasileiro.

²⁵⁸ DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. IX.

Em regra geral, a doutrina se limitou a explicar o impacto da EC nº 45/2004 para os tratados internacionais de direitos humanos, aliás, como também o fez a própria decisão do STF na medida em que, embora assentando a tese da suprallegalidade, ressaltou o caso daqueles instrumentos internacionais que, porventura, sejam/tenham se submetido a novel sistemática constitucional.

Na realidade, as frágeis resistências ou reservas de discordância sobre aquela “inovação” constitucional, mormente, considerando as já improdutivas perspectivas teóricas anteriores à EC nº 45/2004 quanto à ausência de autoaplicabilidade dos tratados internacionais a partir do § 2º do art. 5º da CF/1988 foram fatores derradeiros para a “aceitação” da emenda. A resignação e a deficiência hermenêutica acabaram deixando o espaço aberto para uma medida formal-procedimentalista que teve a pretensão de pacificar o tema, porém, olvidando o verdadeiro debate de oposição sobre o papel dos direitos humanos (e dos tratados internacionais) no constitucionalismo contemporâneo. O debate, enfim, ficou reduzido à intrincada rede procedimental e autoritária derivada da matriz positivista-normativista.

A maior expressão de resistência doutrinária a “inovação legislativa” pode ser vista em Cançado Trindade, o qual criticou duramente o texto da emenda, qualificando-a como uma introdução como “mal concebida, mal redigida e mal formulada e um retrocesso em relação ao modelo aberto consagrado pelo art. 5º § 2º”. Enfim, “um retrocesso provinciano que coloca em risco a interrelação ou indivisibilidade dos direitos protegidos em nosso país (previstos nos tratados que o vinculam), em favor dos excessos de um formalismo e hermetismos jurídicos”²⁵⁹.

Da mesma forma, também asseverou o constitucionalista José Afonso da Silva quando defendeu que até o advento da EC nº 45/2004, a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos era automática como expressão de caráter distintivo de valor em relação aos demais tratados

²⁵⁹ Cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI**, nota 4. p. 410-411. Disponível em <http://www.oas.org/dil/esp/407490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf#page=5&zoom=auto,0,497> acesso em 01 out. 2014.

internacionais. Para Silva, a exigência do § 3º precisaria ser repensada, porque a necessidade de um quórum qualificado para que a incorporação dos tratados e convenções de direitos humanos tenha natureza constitucional formal, implicaria reconhecer do que esses ajustes internacionais dependem, para ingressar no ordenamento interno de referendo do Congresso Nacional e ratificação do Poder Executivo, como qualquer outro tratado ou acordo internacional²⁶⁰.

Por isso, o prenúncio de receio e os riscos dos desdobramentos de posições como aquelas do STF nos casos dos julgados proferidos em *Habeas Corpus* na década de 1990. Lá o Pacto de São José da Costa Rica - instrumento internacional de direitos humanos, sob o estigma da hierarquização, ficou à margem de sua importância constitutiva para a democracia constitucional conforme afirmou na oportunidade o internacionalista Francisco Rezek:

[...] E perplexo, quase a crer que as minhas faculdades mentais já se perdiam àquela altura da vida, dei-me conta de que alguém estava ali raciocinando como se a Convenção de São José da Costa Rica fosse um produto que por obra nefanda de alienígenas desabasse sobre a nossa cabeça, à nossa revelia, como se aquilo não fosse um pleno exercício de legislação ordinária, como se pudesse o texto de São José valer para nós se o Congresso Nacional não o tivesse aprovado, e se o Presidente da República não o tivesse ratificado. Parece que não se sabe ainda, aqui ou ali, que o Direito Internacional Público não é uma imposição de criaturas exóticas a nossa brasilidade. Não. Ele não existiria se não fosse a nossa obra em comum com outros povos. Ele é o produto mais refinado do legislador brasileiro quando dá o seu apoio ao trabalho do governo, que antes negociou o compromisso. Mas vejam tudo pode ainda acontecer e é preciso que antevejamos incidentes dessa natureza²⁶¹

Com razão, pois é inegável que toda e qualquer medida tendente a instituir a criação de mecanismos reducionistas ou de anteparo à aplicação e qualidade dos tratados de direitos humanos é sempre ilegítima, não apenas em razão do nível moral de nossas instituições políticas, mas sobretudo por descredibilizar a amplitude democrática que permeia esses instrumentos no âmbito internacional e o compromisso constitucional pós-Segunda Guerra com

²⁶⁰ In: **Comentário contextual à constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 179.

²⁶¹ REZEK, Francisco. Direito Comunitário no Mercosul. **Revista Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. Ano 5, nº 18, 1997. p. 226.

os direitos humanos, enquanto garantias oponíveis, inclusive, contra o próprio Estado. Ainda é de se ponderar que na história mundial não se tem notícia de que tenha existido qualquer espécie de acordo de direitos humanos firmado voluntariamente por qualquer Estado e que tenha ofendido a sua ordem jurídica nacional.

Em um cenário de afirmação constitucional e de democracia, qualquer receio sobre a admissão ou aplicação de instrumentos internacionais de direitos humanos não passa de um paliativo que sustenta a manutenção dos espaços de poder dos discursos de ocasião políticos e judiciais, o que representa um desprestígio com a dimensão normativa da dignidade da pessoa humana naquilo que orienta a principiologia constitucional de nossa época e por onde deveria resistir uma doutrina solidamente crítica.

É preciso convir que da maneira como ficou instituído o § 3º do art. 5º da Constituição, o Brasil se liberta dos próprios compromissos internacionais assumidos, para deixar ao arbítrio ilegítimo do legislador constitucional derivado à conveniência oportunista de outorgar ou não status constitucional aos tratados de direitos humanos. Talvez esse seja um preço bastante alto que a doutrina internacionalista e constitucionalista tenha que lidar em razão de sua omissão ou insuficiente força teórica para constranger o legislativo em não retroceder em termos de direitos e garantias fundamentais.

No entanto, de forma mais crítica, é ainda necessário acrescer o déficit hermenêutico que domina grande parcela de juristas que lidam com o tema, pois além de não terem logrado êxito de constranger o legislador constitucional, ainda não se autonomizaram das premissas procedimental-sistemáticas do positivismo, reféns da ideia de direito produzido pelo Estado e validado “hierarquicamente”. Mais uma vez, é importante dizer que foi na ausência de uma posição hermeneuticamente adequada do Supremo Tribunal Federal até os idos de 2004, que o legislador constitucional buscou, através daquela Emenda Constitucional, um critério procedimental de admissão dos tratados internacionais de direitos humanos para solucionar eventuais conflitos interpretativos quanto à recepção desses instrumentos.

De outro lado, denunciando as dificuldades hermenêuticas de nosso constitucionalismo, o internacionalista Celso Lafer comentava que o § 2º do art. 5º da CF/88 suscitava controvérsias, pois ao ser aplicado literalmente, ensejaria mudança constitucional por maioria simples, que é a maioria requerida para a aprovação de decreto legislativo quando recepciona um tratado na ordem jurídica interna. Destarte, não se cumprindo os requisitos da votação da emenda constitucional (CF, art. 60, § 2º), os tratados internacionais de direitos humanos não poderiam ter a validade de normas constitucionais²⁶².

Por isso, para o internacionalista, o § 3º do art. 5º da Constituição poderia ser considerado como uma lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo § 2º do art. 5º. Explica ainda que de acordo com a opinião doutrinária tradicional, uma lei interpretativa nada mais faz do que declarar o que preexiste, ao clarificar a lei existente²⁶³.

Essa última afirmação é clássica para convergir a crítica de deficiência hermenêutica com que se lida com o tema.

Todavia, mesmo diante das dificuldades que o próprio jurista suscitou, Celso Lafer afirma que os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Constituição de 1988, aos quais o Brasil aderiu e que foram validamente promulgados, têm a hierarquia de normas constitucionais. Isso porque teriam sido formalmente recepcionados pelo § 2º do art. 5º, não só pela referência contida nos tratados, como também pelo dispositivo que afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados. Porém, com a vigência da EC nº 45/2004, para Lafer os tratados internacionais a que o Brasil venha a aderir, para serem recepcionados formalmente como normas constitucionais, devem obedecer ao item previsto no novo § 3º do art. 5º²⁶⁴.

No que diz respeito à situação jurídica de direito intertemporal dos tratados internacionais de direitos humanos a que o Brasil aderiu e recepcionou

²⁶² In: **A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações**. Barueri: Manole, 2005. p. 15-16.

²⁶³ Ibid., p. 16.

²⁶⁴ Ibid., p. 16-17.

no seu ordenamento jurídico desde a Constituição de 1988 até a Emenda nº 45/2004, seguindo a política jurídica exterior determinada pela *vis directiva* do inc. II do art. 4º (entre eles o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais e a Convenção Americana de Direitos Humanos) recepcionados pela ordem jurídica nacional sem o *quórum* de uma emenda constitucional não podem ser encarados como tendo apenas a mera hierarquia de leis ordinárias, pois são materialmente constitucionais por força do § 2º do art. 5º da Constituição e integrariam o seu bloco de constitucionalidade²⁶⁵.

A grande questão que talvez o mencionado jurista não tenha conseguido explicar é por que aqueles instrumentos internacionais de direitos humanos anteriores a promulgação da Constituição de 1988 podem ser considerados formalmente normas constitucionais e os posteriores a mesma Constituição não se enquadram na mesma situação, já que se validariam no mesmo § 2º. A ideia de bloco de constitucionalidade, nestas circunstâncias, é mera afirmação de subsidiariedade material daqueles instrumentos internacionais.

De qualquer forma, a tese de Lafer se tornou atualmente indefensável justamente pela sua engenhosidade formal-procedimentalista. O Supremo Tribunal Federal acabou por sufragá-la nos comentados julgados do ano de 2008 ao assentar o caráter supralegal dos tratados e convenções de direitos humanos, quando não tenham se submetido à formalidade do § 3º do art. 5º da Constituição.

A tese da materialidade constitucional dos tratados de direitos humanos também é base argumentativa do entendimento dominante daqueles que defendem a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, a qual tem seus maiores expoentes em Cançado Trindade, Valério Mazzuoli e Flávia Piovesan. Na realidade, os autores, mesmo antes da EC nº 45/2004, já defendiam o § 2º do art. 5º da Constituição como uma cláusula aberta de recepção de outros direitos enunciados em tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, enquanto que o § 1º do art. 5º lhes asseguraria

²⁶⁵ LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos**: constituição, racismo e relações. Barueri: Manole, 2005. p. 17.

a aplicabilidade imediata²⁶⁶. Em caso de eventual conflito entre o tratado e a Constituição, defendem que deveria se resolver, no caso concreto, pela aplicação da norma mais favorável à vítima, independentemente dos termos introduzidos no § 3º do mesmo artigo.

Importante consignar que a tese da hierarquia legal para tratados internacionais de direitos humanos ficou restrita aos domínios da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal até 2008, porém sem maiores repercussões doutrinárias. E agora, residualmente sedimentada no âmbito dos tratados internacionais em geral.

O relevante é que a tese da suprallegalidade não tem qualquer afinidade com a história institucional do direito, pois não encontra respaldo doutrinário, particularmente, no Brasil. A exceção está por conta da concepção dos Ministros que contribuíram para a formação da nova jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. E nisso reside o espaço para a grande crítica que se pode fazer às hierarquizações, pois o critério formal estabelecido pela EC nº 45/2004, apenas facilitou, a partir daquilo que é o traço comum das concepções positivistas, o exercício da discricionariedade. A defesa de uma tese que não tem qualquer identidade com nosso sistema ou com a história institucional do Direito é produto da afirmação da intelectualidade ideologizada do Ministro Gilmar Mendes.

Ora, não há como sustentar democraticamente uma tese (suprallegalidade) que não tenha nenhum compartilhamento em nossa tradição, senão por mero casuísmo *ad hoc*. É bem verdade que tese da legalidade já era inconcebível no atual momento constitucional e político do país, porém a revisão judicial deveria apontar, no mínimo, para a hierarquia constitucional, jamais para uma suprallegalidade. Do ponto de vista hermenêutico, a suprallegalidade é uma resposta sem pergunta, uma imposição discricionária, em última análise, uma decisão sem diálogo hermenêutico.

²⁶⁶ Por exemplo, na experiência do direito comparado latino americano a hierarquia constitucional e aplicação imediata aos dos tratados de proteção dos direitos humanos na Constituição da Argentina (art. 75, 22) e na Constituição da Venezuela (art. 23), além do estabelecimento da regra da norma mais favorável ao indivíduo.

Ainda que se cogite que uma espécie de supralegalidade (especialidade hierárquica) foi defendida pelo Ministro Xavier de Albuquerque no longínquo ano de 1977, durante o já citado RE nº 80.004/SE, contudo, venceu a tese da hierarquia legal dos tratados de comércio em geral sobre a legislação infraconstitucional em detrimento da jurisprudência anterior, que era baseada na supremacia do direito internacional sobre o direito interno infraconstitucional²⁶⁷. Todavia, é bastante recomendável frisar que lá não se tratava da questão dos direitos humanos, senão de tratados internacionais de comércio, de maneira que não pode ser admitida como adequada qualquer remissão objetiva àquele precedente, seja pelo momento histórico (político e constitucional), seja pela diferença de bem jurídico tutelado pelos instrumentos.

Da mesma maneira, não se pode aceitar como precedente para a questão, o parêntese formulado pelo Ministro Sepúlveda Pertence em seu voto no *RHC* nº 79.785/RJ. Além da ausência do aprofundamento teórico, o Ministro fez uma ressalva de forma meramente genérica e remissiva a alguns autores (p. ex. Cançado Trindade e Flávia Piovesan), no sentido de que ainda que sem certezas suficientemente amadurecidas aproximava-se do entendimento de outorgar força supralegal e aplicação imediata às convenções de direitos humanos²⁶⁸. Ou seja, sua ressalva não passou de simples especulação retórica, uma vez que acabou por render-se a jurisprudência do STF (hierarquia legal) conforme já comentado anteriormente.

Outrossim, nem mesmo a legislação comparada citada pelo Ministro Gilmar Mendes (Constituições da Alemanha²⁶⁹, da França²⁷⁰ e da Grécia²⁷¹, por

²⁶⁷ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 466.343**, plenário, Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 01 out. 2014.

²⁶⁸ Id. Supremo Tribunal Federal. **Recurso ordinário em habeas corpus nº 79.785**, plenário, Brasília, DF, 29 de março de 2000. p. 302. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661>. Acesso em: 01 out. 2014.

²⁶⁹ Art. 25 (Preeminência do direito internacional) As regras gerais de direito internacional público são parte integrante do direito federal. Sobrepõem-se as leis e constituem fonte direta de direitos e obrigações para os habitantes do território federal.

²⁷⁰ Art. 55 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.

²⁷¹ Art. 28. As regras geralmente reconhecidas do direito internacional, bem como as convenções internacionais a partir do momento em que são sancionadas por lei e tornam-se

exemplo)²⁷² como argumento de autoridade, tem adequação à questão dos direitos humanos. A supralegalidade naquelas circunstâncias se aplicam aos tratados e convenções internacionais em geral. Portanto, não dizendo respeito aos tratados internacionais de direitos humanos, com a devida vênia, não serviriam de empréstimo ao nosso contexto político e jurídico. Talvez o paradoxo que se deva destacar é que, inclusive, aquelas nações gozam de situação privilegiada em relação ao Brasil, na medida em que para os instrumentos internacionais em geral lhes conferem caráter supralegal, enquanto que os direitos humanos lá têm, no mínimo, hierarquia constitucional, senão supraconstitucional.

Logo, a remissão à legislação comparada pelo Ministro Gilmar Mendes (RE nº 466.343/SP), ao menos neste caso, não serve de parâmetro ou argumento hermenêutico adequado para a nossa realidade constitucional. De qualquer maneira, é importante que se diga que a luta não é por *status hierárquico*, mas por uma construção hermenêutica que coloque os direitos humanos no cenário interpretativo-normativo.

Ademais, não se pode crer que com a defesa da especialidade dos direitos humanos e o seu destacado papel no constitucionalismo contemporâneo, se tenha pretendido colocar esses tratados no meio termo. Não parece ter sido essa a vontade normativa da Constituição neste atual momento da história.

A justificativa do Ministro Gilmar Mendes de que os tratados de direitos humanos devem subjugar-se à supremacia hierárquica da Constituição sob o risco de frustração do controle de constitucionalidade²⁷³ não parece ser dotada de maior credibilidade, justamente pelo fato de os direitos humanos, formalmente ou não, serem, em qualquer circunstância, a própria medida legítima do controle de constitucionalidade de qualquer ato normativo. Nisso se projeta (hermeneuticamente) a função dos princípios fundamentais da ordem

operativas de acordo com as respectivas condições, são parte integrante do direito interno grego e prevalecem sobre qualquer disposição de lei em contrário.

²⁷² Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 466.343**, plenário, Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. p. 1154-1155. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 01 out. 2014.

²⁷³ Ibid., p. 1139.

jurídica: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II); o repúdio à tortura ou a qualquer outro tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, III); a punibilidade de qualquer comportamento atentatório aos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI); a eliminação de penas cruéis (art. 5º, XLVII); a intangibilidade física e a incolumidade moral de pessoas sujeitas à custódia do Estado (art. 5º, XLIX), entre tantos outros.

A supralegalidade é um objeto estranho na realidade jurídica brasileira, sem compatibilidade constitucional, sem partilha identitária em nossa história jurídico-institucional e sem a adequada analogia, uma importação sem filtro. Não há espaço constitucional para a defesa da supralegalidade no sistema jurídico brasileiro para os tratados de direitos humanos, sob a pena de esvaziamento material dos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição. Por isso, a decisão do STF que assentou a hierarquia supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos que não se submeteram à novel sistemática da EC nº 45/2004 é flagrantemente inconstitucional. Aliás, a própria emenda também é inconstitucional no mesmo tocante, conforme se abordará adiante.

Também não seria preciso maiores reflexões para verificar a incompatibilidade. Bastaria observar o fato de que havendo uma norma no sistema que goze de status supralegal seria questionável que, ao menos, *prima facie*, não existisse qualquer correspondente meio formal adequado para alterá-la ou revogá-la. E mais: se a supralegalidade, como fora profetizada, estaria acima da lei ordinária e da lei complementar, surgiria a incongruência de que um tratado internacional de direitos humanos, ainda que não internalizado como emenda constitucional, precisasse de uma emenda constitucional para ser alterado e revogado, já que seria a única norma hierarquicamente superior com essa força. Ao menos, *a priori*, essa (i)lógica é possível. Esses criptogramas são imbróglis criados pelo próprio positivismo.

No que tange à doutrina, Mazzuoli foi um dos primeiros autores a destacar que a tese da supralegalidade que vingou no STF lhe seria nova apenas no que diz respeito aos tratados de direitos humanos, pois ao seu juízo qualquer tratado internacional comum já gozaria desse status de

supralegalidade, de forma que, no particular, seriam de índole e nível constitucionais²⁷⁴.

O mesmo Mazzuoli objetou com propriedade no sentido da desarmonia do sistema, já que a distinção trazida pela decisão do STF acabou por criar “categorias” jurídicas entre os próprios instrumentos internacionais de direitos humanos ratificados pelo governo. Com efeito, não se poderia dar tratamento diferente para normas internacionais que têm o mesmo fundamento de validade, que têm o mesmo conteúdo ético, a proteção internacional dos direitos humanos²⁷⁵.

É verdade que Mazzuoli discorda dessa categorização entre os tratados internacionais (constitucional e supralegal) em razão da existência do fundamento ético da ordem internacional, diferentemente da ordem interna dos Estados, por isso vê o posicionamento do STF, especialmente, em razão do voto-vista do Ministro Gilmar Mendes como insuficiente²⁷⁶. Para o autor, sob esse ponto de vista, dois níveis de compatibilidade vertical para a produção normativa infraconstitucional, um de nível constitucional e outro de nível supralegal²⁷⁷, resultam em uma “nova pirâmide jurídica”²⁷⁸.

Mas, na verdade, embora essas afirmações soem como uma crítica, não se pode olvidar que é essa insuficiência teórico-jurídica da tese da supralegalidade que acabou por oportunizar a tese dominante instituída pelo próprio Mazzuoli acerca do controle de convencionalidade no Brasil. O controle de convencionalidade defendido pelo autor é diretamente dependente da visão estabelecida no Supremo Tribunal Federal, já que parte de uma obrigatória e hierárquica distinção entre o controle de constitucionalidade e de convencionalidade (supralegalidade) para assentar o que qualifica como “duplo controle vertical”, de maneira que toda a ação estatal deva observar não apenas a Constituição, mas, também, os tratados internacionais de direitos

²⁷⁴ MAZZUOLI, Valério. **Curso de direito internacional público**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 373.

²⁷⁵ Id. O novo § 3º do artigo 5º da Constituição e sua eficácia. In: GOMES, Eduardo Biacchi e REIS, Tarcísio Hardman (coords.). **O direito constitucional internacional após a emenda 45/04 e os direitos fundamentais**. São Paulo: Lex Editora, 2007. p. 176.

²⁷⁶ MAZZUOLI, op. cit., p. 374.

²⁷⁷ Ibid., p. 375.

²⁷⁸ Expressão usada por Mazzuoli emprestada de Luiz Flávio Gomes. Ibid., p. 377.

humanos como primeiro limite, bem como aos tratados internacionais comuns em vigor no país como segundo limite²⁷⁹.

Assim, embora Mazzuoli tenha insistido na defesa da índole constitucional dos tratados, acaba por render-se ao posicionamento prevalente no Supremo Tribunal Federal²⁸⁰, por não conseguir superar a discussão semântico-formalista acerca da concepção de admissão formal e material e de igualdade e equivalência entre emenda e tratado²⁸¹:

Assim, nunca entendemos que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil integram formalmente a Constituição. O que sempre defendemos é que eles têm status de norma constitucional por integrarem materialmente a ordem jurídica estabelecida pela Carta Política (o que é absolutamente normal em quase todas as democracias modernas)²⁸².

Essa cisão, por certo, também levará a outra contradição fundamental do ponto de vista constitucional: a contradição de que eventuais emendas constitucionais, por exemplo, possam contrariar os tratados de direitos humanos já incorporados. É o que se depreende da situação herdada com a introdução da EC nº 45/2004 no que tange ao § 3º do art. 5º da Constituição Federal e àqueles tratados internalizados antes ou pós-emenda, mas que não tenham se submetido à nova ritualística e que estão ao nível da supralegalidade. Com a devida vênia, os tratados internacionais de direitos humanos que estão ao nível da supralegalidade, prejudicam a tese do controle de convencionalidade, relegando-os, quando muito, apenas ao controle difuso de legalidade. Ademais, valendo-se de uma analítica-positivista, então devemos questionar, inclusive, se haveria a possibilidade de controle de constitucionalidade propriamente dito, inclusive, em razão da (in)definição do próprio § 3º do art. 5º, pois erigiu a possibilidade de que tratados internacionais sejam equiparados a emendas constitucionais.

²⁷⁹ MAZZUOLI, Valério. **Curso de direito internacional público**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 367; Id. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. rev., atual. e ampl. (Coleção direito e ciências afins v. 4). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 116 *et seq.*

²⁸⁰ Id. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. rev., atual. e ampl. (Coleção direito e ciências afins v. 4). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 39.

²⁸¹ *Ibid.*, p. 52.

²⁸² *Ibid.*, p. 55.

Ainda que Mazzuoli ressalte toda a potencialidade do § 2º do art. 5º da Constituição (direitos e garantias expressos, direitos e garantias implícitos e direitos e garantias inscritos em tratados internacionais) e que o citado dispositivo represente uma cláusula aberta aos tratados internacionais em mesmo grau hierárquico das normas constitucionais, complacentemente acusa o Poder Judiciário de agir com “lamentável falta de vontade”²⁸³.

Em crítica ao § 3º introduzido no art. 5º pela EC nº 45/2004 o mesmo autor aduziu que havia proposto em um artigo outra redação, na qual se explicaria melhor o § 2º, mas, no entanto, a redação levada a efeito pela emenda não atingiu seu desiderato. Nada obstante isso, Mazzuoli afirmou que sempre defendeu um dispositivo que reforçasse o texto do § 2º, mais do que um dispositivo hierarquizando os tratados de direitos humanos²⁸⁴.

A discordância do internacionalista não é incisiva, senão caudatária, basta analisar como acaba rendendo argumentos à procedimentalidade da inovação trazida pela emenda e pela decisão do STF, inclusive, inovando em um possível controle de convencionalidade e tergiversando sobre a semântica dos §§ 2º e 3º do art. 5º. Destaca que o § 2º fala de direitos e garantias e o § 3º de tratados e convenções sobre direitos humanos²⁸⁵ ou mesmo que o texto fala de equivalência de emenda e não igualdade²⁸⁶, como se isso tivesse alguma implicação determinante para o sentido pretendido pelo legislador constitucional e para o impacto interpretativo-produtivo do tema.

Diante disso, criteriosamente, se a visão de Mazzuoli é a de hierarquia constitucional de tratados e convenções de direitos humanos, a sua defesa da tese do controle de convencionalidade aparenta um pragmatismo-teórico-casual, uma vez que se a hierarquia dos referidos tratados é constitucional, a única hipótese restante seria controle de constitucionalidade. O controle de convencionalidade na forma proposta por aquele autor não passa de um mero controle “semântico” daquilo que se diz como supralegal, pois na realidade, isso é o que ordinariamente os tribunais fazem em seu cotidiano, análise de

²⁸³ MAZZUOLI, Valério. **Curso de direito internacional público**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 821.

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 823.

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 827.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 829.

legalidade. Em uma última palavra, se os tratados internacionais de direitos humanos precisam de chancela legislativa do direito nacional por não reconhecimento de sua auto-aplicação, não há possibilidade teórica para a defesa de controle de convencionalidade, sob pena de admitir-se a mudança da natureza jurídica do instrumento.

O controle de convencionalidade somente tem lugar genuinamente em uma eventual tese de supraconstitucionalidade ou de especialidade dos direitos humanos em razão de uma convenção com o mesmo caráter, como acontece na União Europeia. Isso porque o controle de convencionalidade consiste na atuação de um tribunal internacional com o objetivo de controlar se as normas locais acatam ou não as convenções internacionais de sua competência, sem que isso implique, no caso da CIDH, modificação direta do direito interno, cassação de ato normativo e, por consequência, uma quarta instância de decisão sobre o efeito das leis dos países²⁸⁷. Assim, qualquer proposta que excetue essas condições, como àquelas de Mazzuoli, não passa de especulação ou casuísmo teórico, pois onde existir subordinação ou condicionamento ao direito interno dos Estados muda-se a natureza do controle para controle de constitucionalidade, no mínimo.

A grande dificuldade (produtiva) da doutrina no estágio contemporâneo está em buscar nos preciosismos sintático-semânticos a solução dos problemas interpretativos, permanecendo mergulhados no positivismo. É como algo do tipo, sustenta-se determinada teoria, mas é preciso conformar-se com o legislador e com a jurisprudência, ainda que tenham errado. É fatalismo/conformismo puro.

Nada obstante às ressalvas iniciais (antes da EC nº 45/2004), Francisco Rezek parece ter abdicado de suas preocupações com a introdução da citada emenda. O internacionalista referiu que a partir do aditamento do § 3º no art. 5º não subsistiria mais a dúvida em relação a redação do § 2º do mesmo artigo, uma vez que os tratados sobre direitos humanos em que o Congresso aprove com o rito da emenda à carta passariam a ter hierarquia constitucional.

²⁸⁷ Cf. HITTERS, Juan Carlos. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). **Estudios Constitucionales**, Año 7, Nº 2. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, 2009. p. 110-112.

Destacou ainda que não seria de crer que o Congresso fosse doravante bifurcar a metodologia de aprovação dos tratados sobre direitos humanos. Pode haver dúvida preliminar sobre a questão de saber se determinado tratado configura realmente essa hipótese temática, mas se tal for o caso, o Congresso seguramente adotará o rito previsto no terceiro parágrafo, de modo que, se aprovado, o tratado se qualifique para ter estatura constitucional desde sua promulgação²⁸⁸.

Com efeito, segundo Rezek isso afastaria a possibilidade de denúncia de tratados internacionais pela vontade do Executivo ou pela vontade do Congresso mediante lei ordinária²⁸⁹. Mas, talvez, esse não seja realmente o grande problema.

A preocupação deve focar no fato de que não há como negar que a possibilidade dicotômico-metodológica surgida por ocasião do § 3º do art. 5º e a opção pela tese da supralegalidade no STF são expressões concretas da insegurança do tema e do desprestígio dos direitos humanos no constitucionalismo brasileiro. Observe que, até mesmo a doutrina, a qual deveria se autonomizar em relação à decisão política de emendar equivocadamente a Constituição e a decisão casuística do STF, não conseguiu como antes profetizado, estabilizar ou dirimir o debate.

Tanto é verdade que em 2007, portanto, antes do acolhimento da tese da supralegalidade no STF, Rezek buscou esclarecer o lugar dos tratados em que o Brasil fosse parte no passado (até a introdução do § 3º no art. 5º pela EC nº 45/2004). Assim, o jurista acabou concluindo que se o Congresso não fez nenhuma ressalva abjuratória dos tratados sobre direitos humanos outrora concluídos mediante processo simples, os teria elevado à categoria dos tratados de nível constitucional²⁹⁰.

Mas não foi isso que aconteceu. É sabido que os poderes políticos (e também o judiciário) não têm o hábito para uma cultura de partilha que se possa dizer genuinamente democrática, em particular, de que as

²⁸⁸ In: **Direito internacional público**: Curso Elementar. 10. ed., 3. tir. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 101.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 101 *et seq.*

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 103.

impressões/expectativas da comunidade jurídica pudessem estar garantidas. Na realidade, na prática, a preocupação com os casuísmos políticos e ideológicos é que coloca em risco o compromisso com os direitos humanos. A analítica “legal” não resolveu a questão. Ora, desde a promulgação da Constituição de 1988 a questão dos tratados internacionais de direitos humanos é um problema (hermenêutico) e, depois da EC nº 45/2004, parece que o tema se tornou ainda mais problemático já que não houve solução hermenêutica, mas paliativos formais-procedimentais. Aliás, obviedade do discurso “analítico”, no mais das vezes, sempre resulta em insegurança jurídica e ambiguidades teóricas.

Por sua vez, a também internacionalista Flávia Piovesan afasta a paridade entre tratados de direito internacional de direitos humanos e a legislação federal em razão da previsão constitucional do art. 5º, § 2º da Constituição de 1988. Aduz Piovesan que por decorrência de uma *interpretação sistemática e teleológica* que lhes assegura privilégio hierárquico (constitucional) os tratados de direitos humanos gozam de caráter especial em relação aos tratados comuns²⁹¹. Respondendo a problemática da inovação trazida pela EC nº 45/2004 (§ 3º, art. 5º), a autora sustenta a hierarquia constitucional, criticando a inadequação da emenda por não ter endossado a hierarquia formalmente constitucional dos tratados de direitos humanos anteriormente ratificados²⁹².

Na realidade, buscando reforçar o aspecto materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos ratificados antes da EC nº 45/2004, Piovesan chega a dizer que a introdução do § 3º no art. 5º não revogou o § 2º (nem poderia), mas conclui que “por lógica e racionalidade, prevenção de interpretações anacrônicas e pela teoria geral da recepção do direito brasileiro”, a interpretação mais harmoniosa e teleológica é a que permite a “constitucionalização formal dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil”²⁹³.

²⁹¹ In: **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 115 *et. seq.*

²⁹² *Ibid.*, p. 127-128.

²⁹³ *Ibid.*, p. 128-129.

Com efeito, na lógica das dicotomias formalistas, assevera a mesma autora que por ocasião da nova sistemática introduzida pela emenda, surgiram duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: os materialmente constitucionais e os material e formalmente constitucionais, mas que todos são, no mínimo, materialmente constitucionais²⁹⁴.

Piovesan faz questão de reiterar que, por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quórum de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. Nessas circunstâncias o quórum qualificado estaria apenas adicionando um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a constitucionalização formal²⁹⁵.

Por isso, mais uma vez, consigne-se que a preocupação, tanto de Mazzuolli²⁹⁶, de Rezek²⁹⁷, como de Piovesan²⁹⁸ quanto à denúncia dos tratados pelo Estado signatário, é uma questão secundária diante dos problemas de eficácia dos tratados internacionais de direitos humanos. Ora, se os autores reconhecem a necessidade de toda a ritualística de internalização dos instrumentos internacionais, independentemente do status normativo, a simples denúncia do instrumento pelo Executivo, embora repreensível, somente teria eficácia internacional, não interna. Isso porque se os tratados e convenções foram recepcionados sob a legalidade constitucional, somente através dela é que se poderia revogá-los ou não aplicá-los, jamais por mero ato político de denúncia, tenham eles (tratados) status de emenda constitucional ou não.

Observa-se que a questão da denúncia dos tratados é bastante presente aos olhos dos jusinternacionalistas, mas isso se dá em face de que, no fundo, nada obstante suas teses tenham ares (sic) publicistas, ainda não conseguiram superar a contradição havida entre a defesa de princípios jusprivatistas, como por exemplo, o *pacta sunt servanda* que reina em seus imaginários e o regime constitucional inaugurado em 1988.

²⁹⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 139.

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 128.

²⁹⁶ Cf. MAZZUOLI, Valério. **Curso de direito internacional público**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 841.

²⁹⁷ Cf. **Direito internacional público: Curso Elementar**. 10. ed., 3. tir. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 102.

²⁹⁸ Cf. PIOVESAN, *op. cit.*, p. 140.

Na realidade, essa revelação é fundamental, pois denuncia que a defesa de uma hierarquia constitucional para os tratados não se dá em bases sólidas, basta analisar os efeitos colaterais advindos do *modus* instrumental-procedimental de como veem a hierarquização dos tratados de direitos humanos. A autora Flávia Piovesan, por exemplo, nas linhas iniciais de um de seus principais livros, aparentemente revela a presença de alguns pressupostos ultrapassados para um pensamento que se diz operar pós-positivisticamente:

Começa-se por afirmar que os tratados internacionais, enquanto acordos internacionais juridicamente obrigatórios e vinculantes (*pacta sun servanda*), constituem hoje a principal fonte de obrigação do Direito Internacional. Foi com o crescente positivismo internacional que os tratados se tornaram a maior fonte de obrigação no plano internacional, papel até então reservado ao costume internacional! Tal como no âmbito interno, em virtude do movimento do Pós-Positivismo, os princípios gerais de direito passam a ganhar cada vez mais relevância como fonte do Direito Internacional na ordem contemporânea²⁹⁹.

Daí porque não se pode conferir maior crédito às “concepções teóricas” quando elas não vêm acompanhadas de premissas adequadas. No caso, há uma nítida mixagem conceitual e histórica da teoria do direito, misturando-se positivismo e positivação, ou mesmo colocando os princípios gerais de direito em um cenário de pós-positivismo, quando não passam de uma característica do positivismo primevo, como diz Lenio Streck³⁰⁰. É despidendo dizer a importância cabal das duas distinções para compreender a dificuldade (positivista) dos autores comentados, ainda que se anunciem “pós-positivistas”.

Mesmo em âmbito internacional, a título exemplificativo, os internacionalistas portugueses André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, também denotam uma dada dificuldade hermenêutica em razão da dependência à hierarquização de sistemas. Embora destaquem a consagração do *jus cogens* no topo da hierarquia das fontes de direito internacional, acabam por não dispensar a necessidade da sobreposição de ordens, mormente quando afirmam que se constituem em uma espécie de “supralegalidade

²⁹⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 99.

³⁰⁰ Cf. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 119 *et seq.*

internacional”, em que os tratados e convenções de direitos humanos não cedem às Constituições³⁰¹. Ou seja, não se trata de uma supraconstitucionalidade propriamente dita, mas de uma supralegalidade às avessas – considerando a interpretação de supralegalidade dada pelo STF -, na medida em que a especialidade dos tratados de direitos humanos gozariam de aplicação imediata e supletiva às Constituições, ao passo que a supralegalidade do STF é uma linha intermediária entre a Constituição e a legislação ordinária.

De toda a maneira, também não resolve a problemática, a defesa de uma superioridade dos tratados de direitos humanos em relação ao direito interno, como fazem Hildebrando Accioly³⁰² e Vicente Marotta Rangel³⁰³, já que não ultrapassam premissas de cunho liberal-individualistas como o *pacta sunt servanda* e o *voluntas civitatis maximae est servanda*, incompatíveis com a materialidade constitucional contemporânea.

No âmbito dos constitucionalistas, por exemplo, Ingo Sarlet não dispensa a necessidade de incorporação formal dos tratados e convenções de direitos humanos como uma expressão da própria Constituição Federal. Para o jurista, além de uma questão formal, trata-se, no fundo, de uma espécie de coibição de possíveis excessos do Poder Executivo quanto à celebração de tratados a serem controlados pelo Poder Legislativo³⁰⁴.

É bem verdade que Sarlet não desconhece que os tratados internacionais de direitos humanos por ocasião do § 2º do art. 5º passam a integrar o catálogo de direitos fundamentais da Constituição, independentemente de incorporação automática ou não, aglutinando-se à Constituição material, embora sob a ressalva de que “não formalmente”. Logo,

³⁰¹ In: **Manual de direito internacional público**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 103, 109 *et. seq.*

³⁰² In: **Manual de direito internacional público**. 11. ed. São Paulo, Saraiva, 1972. p. 5-6.

³⁰³ Cf. RANGEL, Vicente Marotta. Os conflitos entre o direito interno e os tratados internacionais. **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**, Rio de Janeiro, 1967. p. 54-55.

³⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 122.

para o jurista a tese da equiparação seria a mais harmoniosa, pois contaria com a especial dignidade jurídica e axiológica dos direitos fundamentais³⁰⁵.

Porém, quanto ao § 3º do art. 5º Sarlet, o observa como uma norma de caráter procedimental; uma medida assecuratória da formalidade dos direitos materialmente constitucionais no plano das convenções internacionais. Todavia, sua posição para tratados internacionais de direitos humanos anteriores a EC nº 45/2004 é no sentido de integração apenas material, mas não em sentido formal. Não é por menos que o autor faz questão de alertar que os tratados de direitos humanos anteriores a EC nº 45/2004 não podem ser considerados equivalentes às emendas constitucionais em razão da existência de procedimentos legislativos distintos³⁰⁶.

A questão é que para Sarlet a EC nº 45/2004, positivamente, criou a possibilidade de que os tratados de direitos humanos passassem a integrar o bloco de constitucionalidade, ainda que sem incorporação à Constituição formal, pois são materialmente constitucionais nos mesmos termos daqueles que já defendiam essa posição com base no § 2º do art. 5º³⁰⁷.

Nesse particular, ademais, Sarlet expressamente afasta eventuais possíveis alegações de inconstitucionalidade da EC nº 45/2004, com base em uma “interpretação teleológica e sistemática”, em prol da compulsoriedade do introduzido § 3º do art. 5º da CF/88. Segundo o autor, a alteração teve por finalidade resolver problemas remanescentes de hierarquia dos tratados, a partir de então incorporados por um processo mais rigoroso de reformas constitucionais³⁰⁸.

Em alguma medida, não se deve descuidar que Sarlet comunga dos mesmos receios de cunho procedimental de Mazzuoli, como: o momento da incorporação pela emenda; de quem seria sua iniciativa; se prevalece a ritualística do art. 49, I da Constituição; a obrigatoriedade ou facultatividade da adoção do rito das emendas; a técnica legislativa – se a incorporação na forma

³⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 124.

³⁰⁶ Ibid., p. 128.

³⁰⁷ Ibid., p. 129.

³⁰⁸ Ibid., p. 129.

de emenda se daria no texto ou em catálogo separado³⁰⁹. Conforme já foi explorado, tais preocupações são secundárias, pois quando são reivindicadas no ângulo formal, acabam por ofuscar o verdadeiro debate hermenêutico sobre o tema. Tanto é verdade que, depois de fazer uma defesa da coerência sistemática do § 3º, Sarlet se confessa reconhecendo que talvez fosse melhor não se ter inserido o § 3º ou que se tivesse expressado a incorporação automática, sob a ressalva da prevalência da lei mais benéfica em caso de conflito³¹⁰.

De sua vez, o constitucionalista André Ramos Tavares advoga a tese que o § 3º do art. 5º constitui-se numa imposição ao Congresso a adoção da ritualística nele prevista, não cabendo a opção de rito ou de hierarquia, por uma imposição de natureza material dos tratados e convenções de direitos humanos, caso contrário a alteração não teria utilidade³¹¹. Assim, em caso de não aprovação do tratado nessas condições, implicaria em sua não internalização como norma³¹².

Tavares ainda afirma que no atual cenário, restam duas possibilidades hierárquicas sobre tratados internacionais de direitos humanos: a hierarquia legal ou patamar de lei antes da EC nº 45/2004; e a hierarquia constitucional pós-EC nº 45/2004³¹³; desconhecendo, por consequência, a legitimidade do critério da supralegalidade utilizada pelo Supremo Tribunal Federal.

Uma vez passadas essas breves análises, de maneira global, pode-se sumarizar algumas questões:

Primeiramente, o que se verifica é uma nítida preocupação geral com o status hierárquico como argumento de autoridade, do que propriamente com o caráter interpretativo e normativo dos direitos humanos amplamente considerados. Com efeito, seria preciso convir que a segurança jurídica não decorre (ao menos não deveria) da simples positivação, senão da importância

³⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 128.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 130 *et seq.*

³¹¹ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 561.

³¹² *Ibid.*, 562.

³¹³ *Ibid.*, *loc. cit.*

hermenêutica, no particular, dos direitos humanos auferida no constitucionalismo do pós-Segunda Guerra. Ora, foram justamente as atrocidades contra os direitos humanos daquele momento histórico que impulsionaram o novo movimento constitucional voltado à salvaguarda dos direitos básicos do homem que condicionou a nova democracia.

Dessa forma, não é possível, ao menos hermeneuticamente, inverter a lógica de que o caráter procedimental do texto constitucional aliado a metodologia positivista – em suas diversas matizes – é condicionar os direitos humanos, que orientam a materialidade constitucional, aos “*senões*” (*sic*) dos discursos semântico-formalistas.

Em segundo lugar, se de um lado a preocupação dos internacionalistas é aparentemente formal diante da possibilidade da denúncia propriamente dita dos tratados em detrimento do *pacta sunt servanda*; de outro lado, para uma parcela dos constitucionalistas, a preocupação de denúncia ou restrição dos tratados de direitos humanos seria secundária, pois o receio estaria mais ligado à questão da proibição de retrocesso social³¹⁴, a qual teria o condão de vedar a desconstituição das conquistas alcançadas pelo cidadão ou pela sociedade, nada obstante às ressalvas antes enumeradas.

Embora os constitucionalistas apostem no uso ‘interpretativo’ dos tratados internacionais de direitos humanos dentro do regime e princípios adotados pela Constituição, suas concepções são, de alguma maneira, ainda dependentes da recepção formal ou de reconhecimento equivalente. Observe-se que, diante da advertência da restrição formal, defendem o caráter material como uma medida subsidiária.

Em terceiro lugar, a crise (dependência) entre o formal e o material é um reflexo da crise interpretativa, uma típica crise positivista. Não é por menos que o § 3º do art. 5º da CF/88, com todas as suas objeções, se teve por intuito “interpretar” o § 2º como foi proclamado, além de não ter conseguido parece ter contribuído para outra série de problemas teóricos e metodológicos. Aliás, é no

³¹⁴ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 433 *et seq*; TAVARES, André Ramos. **Reforma do judiciário no Brasil pós-88**: (des)estruturando a Justiça. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 47-48; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva: IDP, 2011. p. 240 *et seq*.

mínimo peculiar buscar interpretar com “nova positivação” aquilo que, em tese, já não estivesse claro. Logo, além de ter aumentado a imprecisão e a insegurança no debate, abriu possibilidade para novas interpretações, ainda mais peculiares, como é o caso da supralegalidade e das demais intercorrências teórico-sistemáticas já analisadas.

Relembre, por exemplo, que a preocupação de Sarlet sobre a técnica legislativa de quando ao incorporar-se os tratados internacionais de direitos humanos pelo rito das emendas, se os mesmos se incorporariam formalmente ao texto constitucional ou se permaneceriam em forma paralela, aparentemente expressa uma preocupação formal-metodológica não relevante (hermeneuticamente). Por mais problemas que tenha o § 3º do art. 5º da CF/88, é evidente que, se caso fosse constitucionalmente adequado, não seriam os tratados colacionados como emendas no próprio texto, senão admitidos como equivalentes. Pelo menos essa é a dicção mais apropriada, sob pena de a Constituição escrita tornar-se uma *bíblia (sic)* de emendas tratadistas ou de reivindicar-se uma nova espécie de compilação, a *consolidação de normas constitucionais (sic)*.

Assim, é forçoso concluir que a inserção do § 3º do art. 5º da CF/88, definitivamente não resolveu o problema da constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, ao menos do ponto de vista sintático-semântico, pois como advertiu Mazzuoli: “equivalente não é igual”³¹⁵. Nesse contexto, não se deveria esquecer que existem outras duas questões relevantes que reivindicariam atenção material, como é o caso de que hoje a ampla maioria e os mais importantes tratados não estão internalizados (formalmente) em nível constitucional³¹⁶, permanecendo relegados à supralegalidade³¹⁷ e à “faculdade” do legislador constitucional derivado de

³¹⁵ MAZZUOLI, Valério. Art. 5º, § 3º. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio Luiz.; MENDES, Gilmar Ferreira. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 521.

³¹⁶ Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (Nova York, em 30 de março de 2007), é o único instrumento internacional recepcionado no Brasil na forma instituída pela EC nº 45/2004 (Decreto nº 6.949, 25/08/2009).

³¹⁷ Por exemplo, estão “em nível supralegal”: Preceitos da Carta das Nações Unidas (1945), Convenção contra o Genocídio(1949), Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados – (1951), Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados (1966), Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

escolher a forma das novas internalizações, se pelo rito das emendas ou o “tradicional”, que coloca os tratados na supralegalidade. Há ainda uma grande incompatibilidade formal ao se recepcionar em nível constitucional instrumentos internacionais que são expressão de outros pactos internacionais, pois se teria que admitir, por consequência, que um instrumento derivado ou mesmo protocolar seja hierarquicamente superior ao instrumento que lhe origina ou valida³¹⁸. São problemas insolúveis plantados pelo positivismo formal-normativista.

Em quarto lugar, de fato, senão apenas de passagem, a supralegalidade nunca foi contundentemente criticada pela doutrina. Sarlet, por exemplo, apenas disse que a manutenção equivocada da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal prejudicaria a possibilidade de outorga de hierarquia constitucional em sentido material nos termos do § 2º do art. 5º³¹⁹.

A questão é que parece ter faltado à doutrina maior (e melhor) reação enérgica à tese da supralegalidade, pois suas razões representam uma arbitrariedade interpretativa e uma criação *ad hoc* de “nova espécie” legislativa ao arrepio da Constituição, fruto desse positivismo reducionista e decisionista dominante no Direito. Ademais, foi justamente com base em uma pretensa insuficiência normativa que o judiciário (STF), no caso concreto, encontrou uma solução ou justificativa de “bom senso” (*sic*) para os tratados e convenções de direitos humanos na realidade jurídica brasileira.

Não há na tradição jurídica brasileira e, mesmo internacional, uma ideia de supralegalidade que possa servir de base para uso em nossa realidade

(1966), Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1968), Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (1984), Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), Convenção sobre os Direitos da Criança – (1989), Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985), Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994).

³¹⁸ É o caso no Brasil da Convenção Internacional sobre os Direitos das pessoas com deficiência, recepcionado com equivalência de emenda constitucional, mas que em sua exposição de motivos fundamentais, se valida em diversos instrumentos internacionais (Carta das Nações Unidas, Declaração Universal dos Direitos do Homem, Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos) qualificados de caráter supralegal em razão do entendimento do STF.

³¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 134.

sóciojurídica. A supralegalidade não responde, mais uma vez, a nenhuma pergunta hermenêutica, ao menos adequadamente formulada. Talvez a pergunta adequada não fosse ao sentido da hierarquização dos tratados internacionais na ordem interna, mas ao sentido de qual o papel dos direitos humanos no/para o constitucionalismo contemporâneo.

A análise do voto-vista proferido pelo Ministro Gilmar Mendes no RE 466.343/SP, permitiu observar claramente que o Ministro usou a maior parte do voto para discordar da doutrina majoritária nacional – que defendia a hierarquia constitucional – do que propriamente para se construir fundamentos para justificar sua opção pela supralegalidade. De fato, não houve diálogo com a nossa realidade jurídica.

Em quinto lugar, é importante consignar que não houve discussão sobre a constitucionalidade do § 3º introduzido pela EC nº 45/2004 na Constituição Federal, nem mesmo para se buscar, talvez, mediante as técnicas interpretativas, uma interpretação conforme a Constituição ou uma nulidade parcial sem redução de texto para a problemática. No mínimo seria inconstitucional conviver com uma emenda que não atingiu o fim que se propugnou, muito pelo contrário, trouxe mais dúvidas e redundou em uma decisão ainda mais inconstitucional, se isso é possível. No último capítulo, serão dedicados mais argumentos para validar essa afirmação.

Em sexto lugar, por exceção, consigne-se que uma possível solução ou proposta para o tema passa ao largo do ultrapassado debate entre monistas e dualistas sobre as relações do direito interno e internacional. Esse debate remonta à lógica binária do período liberal surgida da oposição entre estado civil e estado de natureza, e desenvolvida especialmente a partir da Revolução Francesa. A dualização da soberania (interna e externa), posteriormente, sacralizou-se principalmente nos séculos XIX e XX no enfrentamento entre monistas capitaneados por Kelsen e dualistas por Heinrich Triepel³²⁰. Na realidade, o que se quer destacar é que a bipolarização que sempre circundou a ideia de soberania no mundo moderno (inferior/superior, amigo/inimigo, formal/material, monistas/dualistas), também afetou a relação entre direito

³²⁰ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do estado nacional. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 27-38.

internacional/direito interno e direitos humanos/direitos fundamentais. Acontece que as dicotomias sempre se satisfizeram nos argumentos de autoridade das hierarquizações e verticalizações, pois sempre se sedimentaram no fetiche de se desvelar o vértice: o soberano ou fundamental, seja ele um poder ou uma norma³²¹. A superação desse paradigma é determinante para o debate substancialista em detrimento da 'entificação formal' da Constituição, de um lado, e dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, de outro.

Algumas aproximações de Ferrajoli colaboram no sentido de desmitificar essas dualizações para dizer que o direito internacional pode trazer chaves de interpretação, fontes de crítica e deslegitimação do existente, pois a soberania externa do Estado baseada na defesa contra o inimigo externo hoje não mais se justifica³²². E, por isso, a validade das normas não depende mais de uma conotação meramente formal e de produção, senão de novos princípios que se legitimam em uma espécie de juspositivismo constitucional³²³ ou de um constitucionalismo de direito internacional³²⁴.

Então, o desafio posto na contemporaneidade, caminha para o estabelecimento de um diálogo que possa legitimar a interrelação entre o direito constitucional e o direito internacional, para o qual nem monistas, nem dualistas tem a resposta adequada que não aquela dependente da força hierárquica entre os sistemas. Eis aqui a essência para o novo debate: ou há um efetivo compromisso com os direitos humanos por força da normatividade constitucional ou permanecer-se-á refém de preceitos de publicistas estatocêntricos, insensíveis às necessidades de proteção do ser humano³²⁵ ou de internacionalistas liberais-individualistas, que se escondem nos discursos ideológicos de autoridade, incompatíveis com o constitucionalismo democrático.

Por derradeiro, são os tratados internacionais de direitos humanos, nesse contexto e enquanto fontes de obrigação internacional, a ponte entre o

³²¹ Cf. Celso Fernandes Campilongo na apresentação da já citada obra de Luigi Ferrajoli.

³²² FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do estado nacional. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 46-47.

³²³ Ibid., p. 61.

³²⁴ Ibid., p. 53.

³²⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI**, nota 4. p. 411. Disponível em <http://www.oas.org/dil/esp/407490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf#page=5&zoom=auto,0,497> acesso em 01 out. 2014.

caminho afirmativo dos direitos humanos e a qualidade constitucional das relações entre Política e Direito. Os direitos humanos atuam como legitimadores de um novo panorama hermenêutico emergido do diálogo que integra fontes, ordens jurídicas (interna e internacional), conferindo coerência aos discursos em face de todo o espaço jurídico e democrático conquistado nas/pelas constituições latinoamericanas³²⁶, para além das propostas teleológico-sistemáticas e de lógicas hierárquicas.

Os direitos humanos possuem um caráter próprio e diferenciado para fundarem um novo espaço (de cariz ontológico-hermenêutico), pois são direitos conquistados em face dos Estados, e não impostos por eles³²⁷. Por isso, gozam de legitimidade precedente em relação, inclusive, ao “direito posto” e suficientes para conferir crédito à possibilidade do desenvolvimento de um debate baseado no diálogo (hermenêutico) e democrático, ao fim de desconstruir o paradigma autoritário formado doutrinária e jurisprudencialmente no Brasil.

A ressalva sobre a concepção daqueles que, no mínimo, defendem o caráter materialmente constitucional dos tratados de convenções de direitos humanos com base no § 2º, art. 5º da Constituição, é a de que não deixam de acertar a resposta, porém a racionalidade de seus discursos, no mais das vezes, está assentada na lógica hierárquico-normativista. Não é por menos, que sempre se ressentem ou reivindicam o caráter formal como segurança. Todavia, esquecem que por si, a caracterização daquilo que é “materialmente” constitucional é uma qualificação interpretativa que prescinde da formal posituação, senão é produto de um diálogo que a própria força normativa da Constituição através de seus objetivos e princípios são capazes de proporcionar.

Por isso, tem-se que, quando muito, o acerto daqueles que defendem o caráter material-constitucional dos tratados de direitos humanos na lógica hierárquico-normativa é casual, pois desconhecem efetivamente a que título,

³²⁶ Argentina: art. 75, n. 22; da Bolívia: art. 13, IV e art. 410; Brasil: art. 5º, § 3º; Chile: art. 5º, 2º; Colômbia: art. 9; Costa Rica: art. 48; Equador: art. 11, n.3 e 417; Guatemala: art. 46; Venezuela: art. 23.

³²⁷ DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. X.

por exemplo, sustentam a teoria do bloco de constitucionalidade. Não há como hierarquizar a noção de bloco de constitucionalidade, uma vez que sua própria compreensão nada mais é que uma construção interpretativa, justamente pelo simples fato de que sua hierarquização, por si, já implicaria sua formalização constitucional.

Ao que foi evidenciado, seja pela análise jurisprudencial, seja pela análise doutrinária, é de que os “critérios” teóricos das teses hierárquico-normativas, de qualquer corrente, são frágeis ou ambivalentes, senão contraditórios, pois, quando se validam do uso formal-procedimental para o posicionamento dos direitos humanos, a própria lógica sistemática lhe cria outra série de dificuldades (formais e materiais), conforme precedentemente se observou nas repercussões da inserção do § 3º no art. 5º da Constituição brasileira.

A solução dos problemas sistemáticos, como sempre, redundou na criação de outra tese – discricionária – da supralegalidade, mas que, a toda evidência, também não trouxe solução satisfatória. Os efeitos colaterais da escolha começam na ausência de uma identidade institucional, passam pela obstrução da abertura normativa aos direitos humanos e avançam em outros embaraços, como por exemplo, a “criação” de uma nova modalidade legislativa, a facultatividade ao legislador da escolha do tratamento hierárquico, a dualização de tratados de mesma estatura dentro do sistema.

Assim, várias perguntas que deveriam ter sido prévia e adequadamente formuladas, ficaram em aberto, e o tema dos tratados internacionais de direitos humanos no constitucionalismo brasileiro ficou carente de melhores respostas e ressentido de uma melhor abordagem hermenêutica. Em última análise, o tema ficou sufocado na hierarquização e no plano secundário dos debates formais-normativistas.

O próximo passo, portanto, é estabelecer um novo olhar (crítico) para o tema da relação (dialógica) entre Constituição e Tratados internacionais de direitos humanos em nossa realidade jurídico-constitucional. Em um primeiro momento, buscar-se-á desconstruir algumas obviedades hierárquicas dos discursos tradicionais e outras escondidas em novos discursos. A ideia será

criar condições para a retomada do espiral hermenêutico, a partir da estrutura do diálogo com a finalidade de apontar outras possibilidades teórico-normativas de florescimento do debate.

3 UM OLHAR HERMENÊUTICO SOBRE A PROBLEMÁTICA: A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL E INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL E OS RISCOS DE ALGUNS “DIÁLOGOS PRAGMÁTICOS”

A busca por novas possibilidades de internacionalização do Direito pode esconder ou agravar alguns riscos, especialmente, para um país como o Brasil, onde as forças sociais sofrem com os desvios políticos e jurídicos de grande parcela de atores, os quais se comprometem com seus interesses privados e com a manutenção do status de poder. De forma que, se há problemas que são difíceis de serem superados internamente, como por exemplo, a discricionariedade judicial ou o pragmaticismo de medidas para otimizar a justiça e o Direito, abrir-se indiscriminadamente ao fluxo internacional pode ser um problema.

A aposta do trabalho caminha no sentido do aprimoramento teórico e normativo do constitucionalismo do Brasil, pois a Constituição brasileira ainda tem bastante espaço de concretização e afirmação, os quais precisam ser desvelados a partir de uma qualificada exploração hermenêutica. A Constituição é o centro propulsor da normatividade, porém ainda carente de um adequado tratamento, não é por menos que as insuficiências de capacidade hermenêutica do imaginário jurídico contemporâneo tem permitido o prenúncio de medidas salvadoras ou de mixagens teóricas³²⁸, saídas para uma aparente funcionalização do Direito e da Justiça.

Em particular, na sequência chamar-se-á a atenção para as “teorias dos diálogos”, muito usadas contemporaneamente para instrumentar a tentativa de afirmação do direito internacional entre os sistemas de justiça ou diálogos judiciários. Contudo, em um olhar crítico, aparentemente conseguem superar alguns problemas metodológicos internos e externos às próprias teorias, inclusive, as limitações do normativismo-hierárquico, já que apostam no “bom

³²⁸ Sobre o risco das mixagens teóricas, confira as críticas de Lenio Luiz Streck. In: **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

senso” judicial para uma espécie de reciprocidade jurisprudencial entre os níveis interno e internacional, entre tribunais nacionais e internacionais. É bem verdade que o Direito resumido à hierarquização normativa, como se tem denunciado, tem suas possibilidades reduzidas, mas, no entanto, também é preciso ter cuidado com os meios empíricos, práticos e predatórios que, ao invés de auxiliar na resolução da problemática, podem contribuir para o agravamento da fragilização da autonomia do Direito e da democracia. Não se deve olvidar que, no caso do Brasil, ao tomar-se em conta o fato de que o controle das decisões judiciais já é um problema, mais agravado tornar-se-ia ao se instituir uma jurisprudencialização internacional descontrolada em âmbito nacional.

3.1 O CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO: A AUTONOMIA CONSTITUCIONAL VISTA APENAS PELA SUPERIORIDADE FORMAL (HIERÁRQUICO-NORMATIVISTA) “(DES)CONSTITUI-A-ÇÃO”³²⁹

O constitucionalismo do segundo pós-guerra não apenas se afigura como uma proteção contra as possibilidades de retrocesso, mas também vem requerer novas formas, conceitos e mesmo um novo paradigma hermenêutico para o Direito. Aliás, como já destacado, o Direito passou a ser condição de possibilidade da própria democracia em razão do caráter normativo³³⁰ ao qual se erigiram as Constituições nessa quadra da história.

Trata-se de um movimento ancorado na democracia e na defesa dos direitos humanos, onde os textos constitucionais, mais do que fundamentos de

³²⁹ Parafraseando a expressão usada comumente por Lenio Luiz Streck. In: **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 96 *et seq.*

³³⁰ Pois a Segunda Guerra nos ensinou muito. O novo constitucionalismo trouxe uma espécie de blindagem contra o “velho”. A democracia passou a depender do Direito. Cláusulas pétreas e a institucionalização da moral no Direito (co-originariedade): eis os grandes trunfos do Direito para o enfrentamento de (novas) barbáries. Daí as teses de Ferrajoli (Constituição normativa), Konrad Hesse (força normativa da Constituição) e Canotilho (Constituição Dirigente). Isso para dizer o menos. Enfim, a Constituição se transformou em norma. Ela vale! In. Diretas já no Judiciário é ponto para a democracia. **Consultor Jurídico**, Coluna Senso Incomum (20/12/2012). Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-dez-20/senso-incomum-diretas-poder-judiciario-ponto-democracia> Acesso em: 01 de out. 2014.

validade (superior) do ordenamento, passaram a consubstanciar a própria atividade político-estatal, a partir do estabelecimento dos direitos fundamentais/sociais e dos mecanismos para a sua concretização³³¹ no âmbito de sua esfera.

Todavia, a ideia de autonomia constitucional atrelada à supremacia hierárquica e mesmo à rigidez constitucional, ambas sob o ângulo formal, tem sido empregada como fundamento de bloqueio dos discursos sem significado primeiro e que, além de alimentar a perspectiva hierárquico-normativista de matriz kelseniana, também se prestam como argumentos de ocasião para a consagração do hermetismo/absolutismo constitucional, refém de interpretações ideológicas que não conseguem se desprender do estatismo jurislador do positivismo e da autossuficiência do direito positivo³³²:

Uma 'ordem' é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade é [...] uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem.³³³
Uma norma é considerada válida apenas com a condição de pertencer a um sistema de normas, a uma ordem que, no todo, é eficaz.³³⁴

Logo, voltando à questão, não se pode perder de vista que o Direito, situado no pensamento de Kelsen, deve ser compreendido a partir de uma perspectiva dual (de índole kantiana): uma destinada à ordenação normativa de conduta humana (dever ser) da qual se ocupa o direito positivo, e outra com a qual não mantém nenhuma relação, que é a Ciência, responsável pela descrição (proposições jurídicas) do direito positivo. Kelsen não estava preocupado com a realidade prática do mundo da vida, mas com a coerência sistemática de seu próprio objeto, do qual se retira sua legitimidade³³⁵.

Para Kelsen, somente é fonte de direito o fundamento de direito positivo da validade de uma norma jurídica, onde a norma jurídica superior é quem

³³¹ STRECK, Lenio Luiz. Reflexões hermenêuticas acerca do papel (dirigente) da Constituição do Brasil e os (velhos) obstáculos à concretização dos direitos fundamentais/sociais. In. CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (coord.). **Direitos humanos e democracia**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 386.

³³² GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Trad. Claudia Berliner. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 74.

³³³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8ª. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 33.

³³⁴ Id. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 58.

³³⁵ Cf. LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no Direito**, volume 2: o século XX. Trad. Luca Lamberti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 126.

regula a sua produção³³⁶. Daí por que, em Kelsen, o aspecto “fonte” se refere a distintos fatores que influem na produção e aplicação do Direito (princípios morais e políticos, teorias jurídicas, opiniões doutrinárias entre outras) e se emprega o termo no sentido não jurídico, portanto, não vinculante³³⁷ ante o caráter descritivo da ciência do Direito.

Essas fontes não se confundem com a prescritividade das normas criadas pelas autoridades legislativas³³⁸. Com efeito, para Kelsen o Direito é sempre Direito positivo e sua positividade consiste em ter sido criado e anulado por atos de seres humanos com base em outras normas, as quais vão encontrar na *Grundnorm* o seu fundamento último³³⁹.

É sabido que Kelsen aposta na discricionariedade do intérprete/juiz no nível da aplicação do direito, com a finalidade de salvar a pureza metódica da ciência do direito³⁴⁰, e talvez seja essa a herança maldita para o direito contemporâneo, pois o que para o mestre de Viena era uma fatalidade (e não uma solução), para as correntes semanticistas passou a ser a salvação para as insuficiências ônticas do Direito.

Assim, o que se estabelece é uma lógica da validade procedimental que aliada às práticas discricionárias, contamina a produção jurídica em todos os seus âmbitos. Nessas condições, não se poderia esperar muito mais da combinação da sistemática que foi introduzida pelo legislador constitucional derivado para a recepção dos tratados internacionais de direitos humanos e da definição pelo Supremo Tribunal Federal do status supralegal desses instrumentos na ordem jurídica brasileira.

De outro lado, a doutrina, que deveria exercer um papel de vanguarda, por sua vez tratou de tecer grandes teses explicativas – “outras inovadoras” – sobre o novo procedimento instituído pela Emenda Constitucional nº 45/2004 que introduziu o § 3º no art. 5º da Constituição Federal, além de estereis

³³⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8ª. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 165.

³³⁷ Cf. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **El desbordamiento de las fuentes del derecho**. Madrid: La Ley, 2011. p. 21.

³³⁸ KELSEN, op. cit., p. 63.

³³⁹ Id. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 167.

³⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 29.

discussões acerca da eficácia temporal dos instrumentos antes e pós-emenda. Logo, a discussão sobre o papel hermenêutico dos direitos humanos e da normatividade constitucional ficou em segundo plano.

Por isso, tem razão Lenio Streck quando afirma que ainda olhamos o novo com os olhos do velho. O Direito ainda está sob o ranço de um modelo liberal-individualista-normativista e, como tal, refém de uma comunidade jurídica improdutiva e acrítica que ainda acredita que o Direito sobrevive dedutivisticamente, alheio às transformações sociais e conformado com a fatalidade das velhas práticas interpretativas (discricionárias) ancoradas no capítulo oitavo da Teoria Pura do Direito de Kelsen³⁴¹.

Ora, a história nos legou novos acontecimentos que permitiram à sociedade e às suas instituições evoluírem, inclusive, nessa relação entre Direito e Estado. É preciso compreender que se o Direito no Estado liberal foi ordenador, no Estado social, promovedor, no Estado Democrático de Direito lhe é agregado um *plus* normativo, passando a ter uma função transformadora, como destaca Lenio Streck³⁴², uma vez que “los derechos fundamentales constituyen su razón de ser, su finalidad más radical, el objetivo y critério que da sentido a los mecanismos jurídicos y políticos”³⁴³. Assim, sua adequada compreensão, representa a necessidade de mudar as velhas práticas de lidar com o Direito, ou melhor, de se construir o Direito.

Com efeito, quando se fala da função social do Estado e do Direito, se quer afirmar que a Constituição, com a adoção do Estado Democrático de Direito, consagrou o princípio da democracia econômica, social e cultural, mediante os pressupostos deontológicos da imposição constitucional dirigida aos órgãos de direção política visando à evolução para uma sociedade democrática, da autorização constitucional para que o legislador e demais órgãos adotem medidas compromissadas com a justiça social, da *proibição de retrocesso* social e da obrigação dos poderes instituídos de interpretarem

³⁴¹ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. *passim*.

³⁴² Cf. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 53.

³⁴³ DÍAZ, Elías. **Estado de derecho y sociedade democrática**. 4. ed. Madrid: Taurus, 2010. p. 17.

normas a partir dos comandos do princípio da democracia econômica, social e cultural³⁴⁴.

Mas, apesar disso há uma notada dificuldade de se ultrapassar o modelo de Direito baseado em uma racionalidade instrumental, dependente de práticas mecanicistas de criação e interpretação do Direito, de voluntarismos/arbitrariedades judiciais e de dicotomias lógico-explicitativas. Ao fim e ao cabo, isso é tributável em larga medida à dogmática acrítica que, no mais das vezes, teoriza improdutivamente e que rende homenagens à casuística judicial, em última análise, colaborando para a reprodução das desigualdades sociais. O instrumentalismo no Direito acostumou os juristas em geral aos objetivos pragmaticistas descompromissados de qualquer realização de valores comumente consagrados ou traduzidos ao longo da história, por vezes, dependentes do protagonismo judicial e ignorando a dinâmica transformadora que o espaço público exerce sobre o Direito³⁴⁵.

Então, é preciso considerar que o novo cenário, representado pelo constitucionalismo democrático e dirigente, não se revela como um adorno das práticas que dominam o imaginário jurídico, isto é, como algo que está à disposição desde sempre. Se o Constitucionalismo Contemporâneo tinha (tem) o propósito de transformar a realidade social, a ruptura paradigmática careceria (carece) de um compromisso/empenho da comunidade para criar as condições de possibilidade para outro cenário, jamais para a manutenção de modelos de resistência ou mesmo de consensualidades pragmaticistas. Assim, o que se requer nessa quadra da história do constitucionalismo brasileiro são novas formas de articulação que permitam pontes de transição³⁴⁶ para a busca de novos caminhos hermenêuticos para o Direito.

Diante disso, uma das tarefas será, portanto, desenvolver novas dinâmicas interpretativas com a finalidade de excetuar modelos verticais e horizontais que alimentam/sustentam as práticas interpretativas arbitrárias e de

³⁴⁴ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 87.

³⁴⁵ Cf. WARAT, Luiz Alberto. A fantasia jurídica da igualdade: democracia e direitos humanos numa pragmática da singularidade. **Sequência**. Florianópolis: UFSC, vol. 13, nº 24, set./1992. p. 44.

³⁴⁶ Cf. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 258 *et. seq.*

consenso do formalismo sistemático. Então, para se construir alternativamente modelos materiais de produção do Direito, a racionalidade precisa ser diversa, talvez qualificável como de “entrelaçamento transversal” em nível constitucional, para uma interlocução construtiva de intercâmbio e aprendizado³⁴⁷ entre Constituição e Direito Internacional/Tratados Internacionais.

Por isso, as premissas positivistas, em particular as normativistas, de influência kelseniana, não são compatíveis com a complexidade da sociedade contemporânea³⁴⁸. Na verdade, alguns traços dessa sociedade, como a indeterminação, a fluidez e mesmo a desordem social também afetam o Direito de maneira determinante, lhe exigindo novas formas de tratamento, mormente, no que diz respeito a sua abertura internacional e um modo mais estruturado de construção.

Assim é que alguns autores buscam descrever outras possibilidades de observação do fenômeno jurídico, que recomendam mais a necessidade de uma “rede”³⁴⁹, do que propriamente um castelo ou pirâmide, facilitadora da

³⁴⁷ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 259-260.

³⁴⁸ Para alguns autores a sociedade contemporânea seria caracterizada, por exemplo, como pós-moderna, isto é, como aquela resultante de um processo temporal descontínuo descrente do sonho totalizante, da razão universal, do progresso baseado na racionalidade humana, da modernidade na busca de um processo linear e estável, cedendo lugar ao fugaz, ao fragmentário, ao incerto e à contradição imprevista da própria natureza humana contra a razão instrumental onde o homem tornou-se refém de sua própria criatividade. Cf. BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001; LYOTARD, Jean François. **A condição pós-moderna**. 5. ed. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1998; HARVEY, David. **Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da Mudança Cultural**. Trad. Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2006; SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2002.

³⁴⁹ Assim propuseram Ost e Kerchove onde defendem que a rede é uma nova forma de produção do direito em detrimento da pirâmide (abalada) ou modelo hierárquico, o direito em rede, mais complexo enredado vai exigir das Constituições e das Cortes Constitucionais novos horizontes de normatividade e interpretação, em razão, por exemplo, da erosão constante da lei, dos modelos transnacionais de direito, da fragmentação crescente dos regulamentos, a ascensão jurídica das decisões judiciais e a privatização dos modos de regulação e etc. OST, François; KERCHOVE, Michel Van de. De la pyramide au réseau? Vers un nouveau mode de production du droit? **Revue interdisciplinaire d'études juridiques**. Vol. 44. Bruxelles: Université Saint-Louis, 2000. p. 1-82; E, na linha desenvolvida por Manuel Castells: Uma rede não tem centros e sim nós, de diferentes dimensões e com relações internodais que são frequentemente assimétricas. Mas, enfim, todos os nós são necessários para a existência de uma rede. Assim, o Estado-nação se articula cotidianamente na tomada de decisões com as instituições supranacionais de distintos tipos e em distintos âmbitos. Como são na União Europeia, a Comissão Européia, o Parlamento Europeu, o Tribunal Europeu [...] – que ultrapassam a União Européia etc.

emergência de novas potencialidades ligadas às lógicas da interdependência e da cooperação³⁵⁰, as quais melhor permitem uma administração desburocratizada das tensões verticais entre fontes e sistemas.

Nisso a ideia de pluralismo desenvolvida por Häberle também contribui para estabelecer novos caminhos para essa relação de aproximação, na medida em que defende uma área de liberdade e autodeterminação interna em detrimento do monopólio estatal e hierarquia normativa³⁵¹, capaz de proporcionar uma interrelação entre sistemas e fontes de direito, em qualquer nível, a partir de “múltiplas redes de juridicidade”³⁵².

Canotilho, de sua vez, aponta teoricamente para o desenvolvimento do ‘princípio de abertura constitucional’, baseado na efetiva inclusão do Estado na comunidade internacional e consciente das dimensões fáticas e jurídicas da interdependência nesse cenário. Para tanto, refere o jurista português, que se torna indispensável a abertura (internacional) da Constituição, mediante a necessária modificação do modelo de regulação exclusiva em benefício dos marcos reguladores internacionais³⁵³, aliás, como acontece na União Europeia, em relação aos tratados e convenções de direitos humanos ou em relação à própria Constituição Europeia.

Nesse mesmo propósito é que se encaixa a observação de Jackson acerca do papel do direito constitucional, no momento em que o Estado passa por uma nova fase:

[...] constitutional law can be understood as a site of engagement between domestic law and international or foreign legal sources and practices. On this view, the constitution’s interpreters do not treat foreign or international material as binding, or as presumptively to be followed. But neither do they put on blinders that exclude foreign legal sources and experience. Transnational sources are seen as interlocutors, offering a way of testing understanding of one’s own

CASTELLS, Manuel. Para o Estado-rede: Globalização econômica e instituições políticas na era da informação. In: **Sociedade e estado em transformação**. BRESSER PEREIRA, L.C., WILHEIM, Jorge, SOLA, Lourdes (orgs.). São Paulo: Editora Unesp; Brasília: Enap, 1999. p. 156 *et seq.*

³⁵⁰ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 21.

³⁵¹ *Ibid.*, p. 32 *et seq.*

³⁵² Expressão usada por Boaventura de Souza Santos. In: O estado e o direito na transição pós-moderna. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, nº 30, junho/1990. p. 36.

³⁵³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 890.

traditions and possibilities by examining them in the reflection of others³⁵⁴.

Todavia, tudo parece indicar que não se trata de um modelo dependente de autoritarismo/(im)positivismo ou de legitimidades procedimentais, mas de uma busca por uma substancialização interpretativa, para além da resistência das tradições inautênticas ou de subjetivismos culturais. Diante disso, ainda que de forma preliminar, o modo-de-ser dialógico-hermenêutico parece produzir as condições necessárias para a readequação das fontes mediante o enlace da experiência que está para além da ficção das ordens (internacionais, supranacionais ou mesmo transnacionais). Para o diálogo hermenêutico, não há viseiras ou restrições, pois embora não se apregoe uma liberalização irrestrita, a conjugação de outros elementos permite observar determinados temas em novo prisma quando movimenta-se pela interpelação do presente, suspende-se os preconceitos e condiciona-se pela tradição.

Na realidade, mudar as características circunstanciais que compõem a tradição, de maneira a poder-se colocar em outro horizonte de compreensão, depende sempre de como se experenciam os vários movimentos que conduzem a transformação, como por exemplo, o caráter constitutivo das Constituições contemporânea, atenuação da soberania estatal, diminuindo a margem de liberdade do Estado³⁵⁵, a transcendência do Estado-Nação em novo e progressivo cenário de transnacionalidade (Estado Englobado³⁵⁶), a superação da dicotomização direito interno-internacional, a necessidade de materialização do direito (direitos humanos e fundamentais), o pluralismo das fontes e assim por diante.

³⁵⁴ [...] o direito constitucional pode ser compreendido como um locus de articulação entre o direito doméstico e as fontes e práticas jurídicas do direito internacional ou estrangeiro. Segundo esse ponto de vista, os intérpretes da Constituição não tratam o material estrangeiro ou internacional como vinculante, ou como algo a ser presuntivamente seguido. Mas tampouco colocam viseiras para excluir as fontes e a experiência jurídicas estrangeiras. As fontes transnacionais são vistas como interlocutores, oferecendo um meio de testarmos a compreensão das nossas próprias tradições e possibilidades ao examiná-las na reflexão das outras (Tradução nossa). In: JACKSON, Vicki C. *Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement*. **Harvard Law Review**, vol. 119. Cambridge/MA: The Harvard Law Review Association, 2005. p. 114.

³⁵⁵ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 38.

³⁵⁶ *Ibid.*, p. 55.

A superação da distinção entre público (geral) e privado (particular)³⁵⁷, também atravessa todas essas novas demandas em benefício de um novo paradigma orientado pela comunidade dos direitos humanos (patrimônio comum da humanidade e oponível contra o Estado³⁵⁸). Nessas circunstâncias, a Constituição assume a condição de novo operador de legitimidade, auferindo eficácia e efetividade de sua atuação orientada para o compromisso com os direitos humanos. Logo, esse novo cenário precisará de alguma forma inspirar uma nova tradição hermenêutica a ser introjetada no horizonte dos intérpretes ao fim de (in)formar o novo compreendido.

A mudança reclama que o Direito, na contemporaneidade, passe a estar a serviço de uma normatividade conteudística e não dos interesses absenteístas do Estado ou de um grupo de pessoas e mesmo de uma legitimação formalista e procedimental. Por isso, seu grau de autonomia advém da sua qualidade normativo-constitutiva da Constituição no Estado Democrático de Direito, enfim, do Direito enquanto condição de possibilidade do próprio poder e da democracia social. Por essa razão, a Constituição não veio simplesmente para substituir os códigos e nem tampouco para ser composta de abstrações ou meras proposições, mas desde sempre já está – e deve permanecer - comprometida com a garantia e com a preservação dos direitos humanos (e fundamentais):

[...] a inserção do Estado em um mundo cada vez mais interdependente, a reorientação de suas funções, a atenuação da linha de demarcação com o privado, os abalos à sua arquitetura, todas essas inflexões tem implicações jurídicas, ou melhor, traduzem-se em termos jurídicos, através da linguagem e das categorias do direito; à emergência de um Estado pós-moderno corresponde inevitavelmente o surgimento de um direito pós-moderno³⁵⁹.

Portanto, o Direito precisa libertar-se das amarras do instrumentalismo estatal e dos operadores de resolução de conflitos e a Constituição superar o imaginário de que é um simples compromisso político, senão, sobretudo, jurídico e social. A (in)compreensão dessa problemática aponta, especialmente quando atinge a própria atividade da jurisdição constitucional, para uma “crise de legalidade” (*latu sensu*) que pode ser compreendida a partir da inefetividade

³⁵⁷ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 81 *et seq.*

³⁵⁸ *Ibid.*, p. 83.

³⁵⁹ *Ibid.*, p. 115.

de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, mesmo que passadas duas décadas de instalação da nova ordem constitucional³⁶⁰. Muito disso é tributável à ausência de uma (nova) base teórico-crítica em todos os termos, das fontes aos modelos de decisão.

A crise doutrinária tem direta repercussão na crise de legalidade/constitucionalidade, pois ambas se encontram reforçadas de uma conveniência político-jurídica, na medida em que os usos complacentes da lei/constituição guardam como em cofre a sete chaves, os princípios de controle da produção dos discursos jurídicos, como disse Warat³⁶¹. Por certo, a complacência oculta as relações de poder nelas inscritas e o exemplo mais contemporâneo disso foi tanto o pretexto utilizado para a introdução do § 3º no art. 5º da Constituição como também a decisão do STF que criou a suprallegalidade. Os discursos em ambos os casos, além de estarem diretamente comprometidos com a supremacia hierárquica, com a centralidade estatal e com o formalismo procedimental, marcas tradicionais do velho paradigma escalonado e dedutivista de Direito, “escondem” a realidade das lutas pela manutenção dos espaços de poder frente a uma indesejável ingerência internacional.

Uma das grandes questões do Direito enquanto ciência interpretativa é que na ausência de um enraizamento hermenêutico, as “verdades” produzidas pelos discursos ônticos ou lógico-causais trazidos por decisões políticas e judiciais acabam por maquiar as ideologias e convicções pessoais, no mais das vezes, corroborados pela doutrina que irrefletidamente trata de assimilá-los sem maiores irresignações³⁶². Insiste-se que esse é o caso do tratamento

³⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 49.

³⁶¹ “Mais do que ambíguo ou impreciso, o discurso da lei é enigmático, ele joga, estrategicamente, com os ocultamentos para justificar decisões, disfarçar a partilha do poder social e propagar, dissimuladamente, padrões culpabilizantes. Conceitos ideologicamente condicionados encobrem práticas de terror racionalmente banalizadas. Utopias perfeitas explicam, com razões, a produção institucional de um sujeito de direitos sem direito à transformação autônoma da sociedade. Enfim, uma enorme carga ideológica que atravessa todo o processo de interpretação da lei”. WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. Vol. 1, 1. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1994. p. 19-20.

³⁶² “A aplicação da lei fica garantida por um “clima” de sentidos que afirmam, no discurso, as práticas do Direito que muitas vezes negam à sociedade, mas que se sustenta na ideologia do “Estado de Direito” e dissolve todas as dimensões do poder do Estado na lei”. Ibid., p. 21-22.

dispensado aos tratados e convenções de direitos humanos no Brasil, diante de sua alienação estrutural hermenêutica que zela pela coerência e integridade do Direito, em particular, em matéria de direitos humanos e das constituições democráticas do segundo pós-Guerra.

O Direito e a Constituição precisam libertar-se da visão instrumental de estar a serviço da estrutura de poder-dominância alimentada pela dependência estatal. Nelas, o Direito (e a Constituição), no horizonte do Estado-Nação e nas amarras do positivismo, são terrenos férteis para o tratamento de questões jurídicas, meramente a partir de conceitos e abstrações e para a formação de um imaginário posto a serviço da produção de subjetividades alienadas³⁶³, pois que abstraem a realidade do próprio fenômeno jurídico capaz de constituir histórica-politicamente uma adequada transformação social.

Por exemplo, as ideias desenvolvidas por Häberle em sua obra *Derecho Constitucional Común Europeo (DCCE)* estão assentadas no conjunto de princípios constitucionais particulares que resultam ‘comunes’ aos diferentes Estados nacionais europeus, estejam positivados ou não, em uma espécie de ‘*ius commune constitutionale*’³⁶⁴. Todavia, embora a realidade da União Europeia seja diferente daqui, sem que isso implique qualquer juízo valorativo, são em parte os direitos humanos que autorizam a comunidade constitucional como corretiva dos ‘egoísmos nacionais’³⁶⁵, conforme afirma o jurista alemão.

Somente a partir dos direitos humanos e da realização da força constitucional dos Estados é que se poderá chegar ao nível de possibilidade de harmonização das regras comuns mínimas (*estándares*) que possam conduzir ao conhecimento de um pluralismo ordenado, como afirma Mireille Delmas-Marty³⁶⁶. A adequação da multiplicidade com a finalidade de se compatibilizar os espaços jurídicos, sem recair na necessidade de linearidade ou de unilateralidade³⁶⁷, traços típicos das hierarquizações, precisa recuperar o eixo

³⁶³ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. Vol. 1, 1. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1994. p. 22 *et seq.*

³⁶⁴ HÄBERLE, Peter. *Derecho constitucional común europeo*. Trad. Emilio Mikunda Franco. **Revista de Estudios Político**. Nº. 79, 1993. p. 36.

³⁶⁵ *Ibid.*, p. 10-12.

³⁶⁶ In: **Les forces imaginantes du droit (II)**: Le pluralisme ordonné. Paris: Seuil, 2006.

³⁶⁷ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 160.

comum (hermenêutico) para a produção e organização dialógica do conhecimento do Direito.

A internacionalização e a multidimensionalidade do Direito encontra na Constituição uma normativa, principiológica, invasora da legalidade e fundadora do espaço público democrático, o fundamento para a atenuação da singularidade estatal e da onipresença formal-procedimental do normativismo positivista³⁶⁸ que reduzem o papel do Direito. As Constituições de hoje são marcos institucionais do novo Direito, do pluralismo jurídico, abertas à universalidade e transcendentem dos direitos humanos em benefício das conquistas sociais.

De toda a forma, o desafio se traduz em romper com essa sacralidade da onipresença estatal e do formalismo procedimental que ora se reproduz. A racionalidade reinante alimenta a crença em uma ordem sistemática, geral e estável que se antecipa a realidade indeterminada (nova desordem), sonhando a necessidade de ajustamentos constantes³⁶⁹ em razão dos novos vetores que movem a sociedade contemporânea como o pluralismo, a nova relação tempo-espaço, a normatividade dos direitos humanos e o modo de pensar o Direito. Logo, isso implica a pergunta pelas possibilidades de uma recuperação mais profunda e complexa para a aplicação do Direito, em particular, a própria defesa da constitucionalidade revela-se como um desafio a uma nova teoria das fontes, apta ao rompimento com o paradigma de um Direito estatizado e hierarquizado.

O policentrismo e a segmentação que atingem as estruturas estatais têm eles próprios, implicações sobre as condições de produção do direito: com efeito, eles implicam a diversificação das fontes do direito no seio do próprio Estado, com o risco de suscitar delicados problemas de ajustamento das competências de uns e de outros.³⁷⁰

Entretanto essa conversação não pode insistir na hierarquização dedutivista nem no 'estatocentrismo' da teoria clássica, mas em uma relação (dialética) que possa coordenar a dimensão temporal dos direitos humanos e a luta presente das forças políticas estatais e das ideologias teórico-dominantes

³⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 50.

³⁶⁹ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 121-122.

³⁷⁰ *Ibid.*, p. 153.

que desorientam a dimensão dos direitos humanos e a sedimentação substancial da Constituição.

No âmbito das fontes do Direito, segundo Pérez Luño, é preciso superar a visão sistemática kelseniana de completude e plenitude do ordenamento jurídico e sua referência estatal. Trata-se, então, de um processo de deslocamento do centro de gravidade do processo de determinação das fontes qualificado pelo autor como ‘desbordamiento de las fuentes del derecho’. Trata-se de uma tese estruturada na representação dos sistemas contemporâneos na forma de uma *bóveda* (abóboda), comprometida com a “confluência, invólucro o interacción de un conjunto de arcos o cobiertas esféricas, que cierran el espacio comprendido entre muros e columnas”³⁷¹, em detrimento da visão hierárquico-piramidal.

A metáfora da abóboda, dentro de um projeto hermenêutico, certamente representa uma forma de religar as pontas constitutivas da experiência, perdidas na subjetividade das lacunas e abstrações do paradigma positivista, pois sua apresentação estrutural denuncia o necessário diálogo (dinâmica englobante) entre todas as pontas - passado, presente e futuro – para um novo olhar interpretativo da Constituição e dos direitos humanos.

As propostas de desenvolvimento de teorias jurídico-filosóficas no constitucionalismo contemporâneo devem tomar para si a Constituição como forma de vida – condição de possibilidade – voltada para defesa de um Direito democraticamente produzido (autônomo) e como anteparo aos desvios de compreensão da complexidade social, aos riscos das arbitrariedades políticas *ad hoc* e aos discursos de ocasião da jurisdição constitucional.

No caso brasileiro, a relação (monológica) entre Constituição e Tratados internacionais de direitos humanos é a própria consequência da ausência de uma posição definida ou mesmo de uma proposta sólida (substancialista) por parte da doutrina e dos tribunais brasileiros, em especial, do Supremo Tribunal Federal. São, enfim, efeitos colaterais da manutenção da racionalidade liberal-

³⁷¹ Cf. **El desbordamiento de las fuentes del derecho**. Sevilla: Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, 1993. p. 76; **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2010. p. 667.

individualista-normativista e, de outro lado, da ausência de diálogo ontológico-hermenêutico que distanciam direitos humanos e Constituição.

O processo de constitucionalização do Direito como decorrência do movimento evolutivo do segundo pós-guerra precisa ganhar novas influências sedimentatórias, tomando em conta a dimensão do ato fundacional que se inaugura com as Constituições democráticas e seu compromisso com a dignidade da pessoa, liberdade e igualdade, cânones dos direitos humanos na contemporaneidade. A Constituição transcende a mera problemática da onipotência do legislador, da supremacia do juiz ou da ineficiência do executivo, na realidade seu *plus* está na nova perspectiva irradiadora que se projeta sobre a ordem social e não apenas sobre os poderes do Estado³⁷². Trata-se de uma irradiação axiológico-normativa compromissada com a proteção e realização dos direitos fundamentais³⁷³.

Por isso é que para Arnaud³⁷⁴ os grandes problemas do momento passam a ser prioritariamente a transformação do modo de produção do direito, o modo de tratamento dos litígios e a proteção aos indivíduos – assegurados até aqui pelo Estado -, mormente diante da notada tendência de internacionalização do Direito, em particular, das Constituições. A esse potencial pluralismo que coloniza a produção do Direito na contemporaneidade, implica a necessidade de se desenvolver novas possibilidades de criação, produção e interrelação entre as formas regulatórias e, fundamentalmente, o modo de compreensão, inclusive, de como os juristas, ao abrigo da jurisdição constitucional, devem se comportar nesse cenário entrecruzado.

Além da complexidade de lidar-se com a combinação de diversas ordens e atores³⁷⁵, o Direito e a Constituição também estão imbricados em uma complexa rede de normatividade que coloca os nós em uma permanente tensão

³⁷² PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003. p. 118-122.

³⁷³ Cf. DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y sociedade democrática**. 4. ed. Madrid: Taurus, 2010. p. 17.

³⁷⁴ ARNAUD. André-Jean. **O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do Estado**. Trad. Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 22-23.

³⁷⁵ Cf. CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 162 *et. seq.*; e 'Constituição transversal' In: NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 79 *et. seq.*

entre flexibilidade e estabilidade, características as quais o formalismo (geral, abstrato e sistemático) não dá conta.

Naturalmente, daí se induziria pensar que se estaria propugnando a defesa de um Direito impreciso ou aberto – um tipo de *soft law*, especialmente, considerando a ótica tradicional de como se aplica princípios e *standards*, em particular no Brasil. No entanto, em uma dimensão hermenêutica (filosófica) esses vetores de racionalidade são muito mais rígidos do que o “legalismo rasteiro”³⁷⁶, tornando-se muito mais produtivos e coerentes se desenvolvidos no âmbito da mediação horizontal do diálogo hermenêutico.

Em sede de direitos humanos, o diálogo (hermenêutico) poderá exercer um papel determinante de recuperação do mundo prático perdido na onticidade do hierárquico direito das regras e do procedimentalismo, especialmente quando se pretende estabelecer um ponto de aproximação na recomposição da paisagem que envolve simultaneidade da constitucionalização do direito internacional e a internacionalização do direito constitucional em busca de consentaneidade em matéria de direitos humanos.

Ampliar o debate e instituir outros fundamentos teóricos para além das disputas normativas, hierárquicas e de poder significa mais do que uma necessidade, senão um sinal de maturidade democrática. Conforme Giddens é preciso ‘democratizar a democracia’, exigindo uma efetiva participação e cooperação geral acima, bem como abaixo, do nível da nação, pois a globalização exige respostas globais enquanto ideia que se aplica tanto na política como em qualquer outro domínio³⁷⁷, inclusive, no Direito.

Nesse cenário, fortalece-se o compromisso com os direitos humanos e fundamentais, pois são eles que dão suporte democrático à complexidade e ao tensionamento das relações oriundas desse entrelaçamento virtuoso (interno-internacional), que se complementa na medida em que se limita reciprocamente. Por exemplo, o desenvolvimento da ideia de bloco de constitucionalidade, que se nutre interna e internacionalmente - na Constituição

³⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 50.

³⁷⁷ GIDDENS, Anthony. **O mundo na era da globalização**. Trad. Saul Barata. Lisboa: Editorial Presença, 2000. p. 75.

e nos Tratados -, em sede de direitos humanos, somente se afigura como legítima na medida em que se desvele como produto de uma tradição que se consolida a partir de diretrizes interpretativas de conteúdo (inter)constitucional.

A possibilidade, também, do desenvolvimento de padrões interpretativos na dialética de direitos humanos e fundamentais notadamente pode se apresentar como uma consolidação do regime democrático e de expressão de maturidade constitucional (política e jurídica) das instituições e da comunidade jurídica. Talvez a partir disso, o exercício da jurisdição constitucional passe a ser descompromissado com o dever de afirmação dos poderes e das prerrogativas estatais e mais comprometido com a afirmação das conquistas da humanidade, os direitos humanos e sua realização.

As Constituições democráticas do segundo pós-guerra se destinam a cumprir esse papel de condicionar a relação entre Estado e cidadão via direitos humanos e fundamentais, enquanto aspirações coletivas, as quais devem ser preservadas e ampliadas. E, em uma dimensão interpretativa, a estrutura do diálogo (hermenêutico) contribui para suplantar o formalismo legitimatório em benefício da materialidade constitucional. Com efeito, se quer dizer que a Constituição não pode ser vista apenas sob o aspecto formal de limitação e de organização do Estado, mas também sob o compromisso de transformar de forma concreta a realidade social, a partir da intangibilidade dos direitos humanos e fundamentais³⁷⁸.

São os direitos humanos (e fundamentais), portanto, a condição de possibilidade do próprio Direito e da democracia contemporâneos em qualquer nível (constitucional, infraconstitucional, supraconstitucional):

A inscrição desses direitos nos textos de valor jurídico superior (textos constitucionais e textos internacionais) permite-lhes não apenas se beneficiar de uma consagração jurídica, mas também ser providos de garantias apropriadas: a integração ao 'bloco de constitucionalidade' os coloca sob a proteção de jurisdições constitucionais e os subtrai ao poder do legislador; quanto à sua inscrição em textos internacionais (Pactos de 1966, convenções internacionais), prolongados por instrumentos globais, ela cria uma série de limitações para os Estados. Pelo jogo desse duplo processo de constitucionalização e de internacionalização, os direitos fundamentais tornam-se sagrados³⁷⁹.

³⁷⁸ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 203.

³⁷⁹ Ibid., p. 203-204.

Nesse encontro das Constituições com o Direito Internacional, sob o signo democrático da defesa dos direitos e das liberdades fundamentais, é que se elastece a compreensão do significado hermenêutico e constitucional dos diálogos como condição de possibilidade da noção de bloco de constitucionalidade e, sobretudo, de uma concepção jurisdicional constitucional “intersubjetiva e intercultural”³⁸⁰ comprometida com o controle da constitucionalidade adequado democraticamente.

As Constituições são responsáveis por dar energia (normatividade) aos tratados internacionais de direitos humanos, enquanto expressão de sua própria principiologia. É uma relação sinérgica, pois sequer haveria autorização para firmar tratados internacionais se a própria Constituição não outorgasse, assim como da mesma maneira não seria razoável prescindir da normatividade constitucional para emprestar força vinculante aos tratados internacionais. A Constituição, portanto, está no centro desse debate, por isso não pode se prestar a abrigar os incompatíveis discursos de bloqueio ou reducionistas, especialmente se as premissas interpretativas da doutrina e da jurisprudência levadas a efeito estão ancoradas em metodologias de cunho liberal-individualista-normativista³⁸¹.

Em última análise, não apenas os direitos humanos, mas também as Constituições sofrem com a fetichização dos discursos ônticos e casuísticos. É conveniente lembrar que aquilo que ‘tudo que é’, diante da insuficiência interpretativa, ‘nada é’. Esse relativismo que emerge na ausência de adequadas concepções teóricas sobre o significado de Constituição e de direitos humanos fragiliza sua autonomia, fazendo com que se prestem para coroar qualquer discurso retórico e fetichista sem qualquer conteúdo.

A definição de um perfil constitucional comprometido com os direitos humanos determina necessariamente sua própria abertura para uma interface internacionalizada, pois em termos comparativos, não se pode perder de vista que o movimento europeu (supranacional) neste tocante não representou o

³⁸⁰ Expressões usadas por Matthias Herdegen em La internacionalización del orden constitucional. In: **Anuário Latino-Americano de derecho constitucional 2010**. 16o. año. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2010. p. 80.

³⁸¹ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 72.

enfraquecimento da autonomia dos Estados. Pelo contrário, segundo Gisbert, logrou “crear un espacio de convivencia pacífica de una comunidad política, de modo que la Constitución material se nutre hoy de normas situadas más allá de los Estados”, as quais refogem a definição unilateral por parte dos Estados³⁸² como são os tratados internacionais.

Por isso, a pauta interpretativa ancorada na dicotomia interno-internacional e na supremacia formal tem um valor limitado cognoscitivamente frente à soberania relativizada do “Estado Constitucional Cooperativo” e a constitucionalização do direito internacional, garantidos, entre outras questões, pela recepção declarada aos direitos universais da pessoa humana e da efetiva conversão dos direitos humanos em direitos fundamentais³⁸³, que são compromissos inarredáveis da democracia constitucional contemporânea.

Neste passo, é irrefreável a mudança do papel do Estado Constitucional mediante a opção soberana pela prevalência dos direitos humanos e, como tal, dos compromissos assumidos internacional e constitucionalmente. Nisso se valida a busca por novos horizontes para uma refundação filosófico-política e por uma readequação aos novos expedientes de tutela dos direitos fundamentais, que progressivamente vão se consolidando³⁸⁴, fenômenos os quais não podem ser olvidados por discursos retórico-ideológicos que insistem em operar em uma hermenêutica de baixa densidade teórica.

É preciso recuperar a instância crítica do Direito e buscar ressignificar o debate teórico normativo dos direitos humanos e da Constituição em busca do liame hermenêutico que lhes é comum. Porém, também, é necessário

³⁸² BUSTOS GISBERT, Rafael. Diálogos jurisdiccionales en escenarios de pluralismo constitucional: la protección supranacional de los derechos en Europa. In: Ferrer MacGregor, Eduardo; Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coord.) La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, T. IX: **Derechos humanos y tribunales internacionales**. México: UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008. p. 753.

³⁸³ HÄBERLE, Peter. La jurisdicción constitucional en la sociedad abierta. In: Ferrer MacGregor, Eduardo; Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coord.) La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, T. I, **Teoría general del derecho procesal constitucional**. México: UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008. p. 768-769.

³⁸⁴ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Qual a função do Estado Constitucional em um constitucionalismo transnacional? In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2012. p. 10.

prudência, sob o risco de se contribuir para o agravamento do problema, abrindo espaço para práticas casuísticas e funcionais, as quais sem se comprometerem com um adequado tratamento metodológico e teórico, sedutoramente ofertam democracia e abertura internacional pela via dos diálogos judiciais. Advirta-se que em países de modernidade tardia como o Brasil, qualquer medida de “desnacionalização”, tendo em conta o cenário de dificuldade de controle hermenêutico das decisões judiciais e de baixa densidade teórica, pode colocar o debate definitivamente nos braços do subjetivismo interpretativo e de uma espécie de neocolonismo jurisprudencial baseado na admissão indiscriminada de decisões internacionais.

3.2 OS DIÁLOGOS (PRAGMÁTICOS) E AS INSUFICIÊNCIAS HERMENÊUTICAS: ANÁLISE DE ALGUNS CONTRAPONTO DISTINTIVOS AO DIÁLOGO HERMENÊUTICO

De forma quase que imprescindível, essa parte deve ser iniciada sob a advertência de Vergottini, no sentido de que “el diálogo parece haberse convertido en uno de los fetiches históricos que se evocan para esconder improvisaciones comparatísticas a menudo carentes de fundamento y, en todo o caso, científicamente impropias”³⁸⁵.

O diálogo, para o mestre italiano, no mais das vezes, não passa de uma comparação, porém do tipo imitativa e não propriamente um estudo comparativo ou propriamente um diálogo. Vergottini assevera que diálogo e comparação “non forman parte de los lugares comunes a los que nos ha acostumbrado la fácil y acrítica vulgata de la globalización”³⁸⁶, de modo que o que se está a produzir é uma “diseminación de reglas y principios que se presentan objetivamente como modelos que han de tenerse presente e imitarse”³⁸⁷.

³⁸⁵ VERGOTTINI, Giuseppe De. **Más allá del diálogo entre tribunales**. Madrid: Civitas-Thompson Reuters, 2010. p. 63.

³⁸⁶ Ibid., p. 41.

³⁸⁷ Ibid., p. 47.

Na realidade, a análise do jurista italiano é bastante perspicaz quando se dirige às teses defendidas que buscam estreitar as relações entre tribunais nacionais e internacionais sob a premissa do diálogo. De fato, para Vergottini não há diálogo verdadeiro, pois o que há é “una utilización unilateral de contribuciones del outro”³⁸⁸ e vai mais longe quando responde a própria interrogação: “no que se baseia essa utilização?” “la justificación más natural que se ha encontrado para responder a este interrogante consiste en reconocer que un juez es libre de inspirarse en precedente de outro o incluso en previsiones de Constituciones distintas de la propia”³⁸⁹, sin prejuicio que también considera otras justificaciones más concretas”³⁹⁰.

Embora Vergottini não se descuide da importância dessas relações interjurisdicionais ou entre sistemas jurídicos, objetivamente alerta para o risco da discricionariedade daquele que “maneja” o diálogo, pois “el juez actúa en tal sentido siempre y solamente en una perspectiva circunscrita *de utilidad* para a formación de su decisión, destinado únicamente a resolver el caso planteado ante él”³⁹¹.

A grande questão que o autor coloca e que se pode dizer que é o fundamento para a exploração crítica subsequente de (re)significação do diálogo sob o prisma hermenêutico é que não se pode perder de vista que, no contexto das reflexões do mestre italiano, o “diálogo ou comparação es el un método auxiliar respecto de la investigación, el conocimiento y la decisión del juez, es decir, se trata de una metodología y no una teoría de la interpretación o del Derecho Constitucional”³⁹².

Por isso, na trilha desta tese, é preciso separar aqueles que advogam a tese do diálogo, seja ele voluntário ou não, como uma “metodologia pragmática” em uma linha mais instrumental e teleológica, daqueles para os quais o diálogo se constitui como dinâmica do modo-de-ser da interpretação (constitucional) e, como tal, comprometido com as potencialidades do texto e

³⁸⁸ VERGOTTINI, Giuseppe De. **Más allá del diálogo entre tribunales**. Madrid: Civitas-Thompson Reuters, 2010. p. 188.

³⁸⁹ Ibid., p. 188.

³⁹⁰ Ibid., p. 197.

³⁹¹ Ibid., p. 210.

³⁹² Ibid., p. 211.

da transformação social. A segunda possibilidade é o caminho da tese para ontologizar o debate dialógico entre Constituição e Direitos Humanos.

Há diversos autores que reivindicam, por exemplo, a necessidade de diálogo entre sistemas regionais de proteção (TEDH e CIDH) e sistemas jurídicos (Europeu e Americano) ou mesmo de diálogos interjurisdicionais entre tribunais nacionais e internacionais. Mas, em regra, as propostas, por mais substanciais que possam se afigurar, não indicam como, de fato, em que bases teóricas se executam ou em que medida isso acontece. Por essa razão verifica-se como própria a crítica de Vergottini e a diferença de rumo que se optará no próximo capítulo.

Neste momento analisar-se-ão apenas algumas propostas de diálogo para os direitos humanos que se apresentam como mais expressivas e correntes nos círculos acadêmicos contemporâneos. A ideia não é desprestigiar cada proposta, senão apenas submetê-las a alguns contrapontos críticos e distintivos do que se defenderá no capítulo seguinte como diálogo hermenêutico.

3.2.1 **García Roca, Alcalá e Bustos Gisbert e os diálogos entre os sistemas regionais de direitos humanos**

Primeiramente, **García Roca, Alcalá e Bustos Gisbert**³⁹³ no texto ***La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo***³⁹⁴.

³⁹³ Oportuno destacar que cada um destes autores desenvolvem, também, autonomamente pesquisas nesta mesma linha teórica. Cf. GARCÍA ROCA, Javier. El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público europeo. **Teoría y realidad constitucional**, nº 30. Madrid: ENED, 2012. p. 183-224; ALCALÁ, Humberto Nogueira. Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011. **Estudios Constitucionales**, Año 10, Nº 2. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, 2012; BUSTOS GISBERT, Rafael. Diálogos jurisdiccionales en escenarios de pluralismo constitucional: la protección supranacional de los derechos en Europa. In: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coord.) La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, T. IX: **Derechos humanos y tribunales internacionales**. México: UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008 e **Pluralismo Constitucional y Diálogos Jurisprudenciales**. México: Porrúa, 2012.

³⁹⁴ O texto constitui-se do Capítulo I da obra de GARCÍA ROCA, Javier; SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Pablo Antonio; SANTOLAYA MACHETTI, Pablo; CANOSA USERA, Raúl.

Na introdução, os autores buscam explicitar a noção de diálogo e sua aplicação nas relações entre as Cortes Internacionais de Direitos Humanos (CIDH e TEDH). Para eles, o diálogo se constituiu em uma medida de ‘aproximación metodológica’, de reciprocidade ou consenso regional, rotulado sociologicamente como diálogo. Os juristas latinos apostam em uma perspectiva pedagógica capaz de atingir o maior número de sujeitos implicados na tutela de direitos humanos para descrever a integração regional no cenário de pluralismo de fontes de direito³⁹⁵.

Ou seja, empreendem uma perspectiva aberta e globalizadora em contraposição a certas posições isolacionistas, focadas nas problemáticas específicas de cada continente ou de cada nação, advindo-se que “uno de los mejores métodos de conocer el Derecho próprio reside en estudiar el Derecho extranjero, como estímulo a la reflexión”³⁹⁶, justificada, especialmente, em razão de uma defesa de um fluxo de “importación y exportación de exegésis sobre derechos impide el solipsismo de las altas cortes”³⁹⁷.

Com efeito, os autores buscam na internacionalização do direito uma saída, não necessariamente jurídica, para as “aproximações nacionalistas” desprovidas de justificação racional em detrimento de “una nueva comprensión de la realidad fundada en una interpretación evolutiva, realista y sociológica y la apertura a diversos escenario de diálogo como son la influencia del derecho extranjero y derecho comparado”³⁹⁸.

Na realidade, em termos materiais, a pretensão exposta pelos autores tem a finalidade de criar meios de aproximação e consolidação na questão dos direitos humanos; no entanto, a abordagem baseia-se em uma complementariedade e subsidiariedade entre sistemas nacional e internacional, que seja capaz de proporcionar “una colaboración entre las jurisdicciones internacionales de derechos humanos y las jurisdicciones constitucionales”³⁹⁹.

(Orgs.) **El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos**. Madrid: Civitas, 2012. p. 66-107.

³⁹⁵ Ibid., p. 66.

³⁹⁶ Ibid., p. 67.

³⁹⁷ Ibid., *loc. cit.*

³⁹⁸ Ibid., *loc. cit.*

³⁹⁹ Ibid., p. 70.

Essa pretendida relação de reciprocidade se origina de um tronco comum (a dignidade da pessoa humana) enquanto valor universal e como base do diálogo, a fim de proporcionar a compreensão de seus objetos ou bens jurídicos, interpretação e identificação de conteúdos, bem como o combate às interferências ilegítimas. Todavia, o eixo fundamental está sedimentado sobre o protagonismo judicial dos “tribunais supranacionais”, isto é, o diálogo de que falam os autores é de natureza jurisdicional, baseado em um espontâneo uso de “derechos de creación jurisprudencial”⁴⁰⁰ e onde não há um maior comprometimento metodológico, senão a dependência da espontaneidade (e bom senso) dos possíveis operadores desse diálogo, os juízes nacionais.

Assim, o diálogo, ainda que se diga espontâneo, é fruto de um movimento fundamentalmente de fora para dentro – do supranacional ao nacional –, portanto, hierárquico, que busca estimular os juízes nacionais ao uso de parâmetros decisórios internacionais aos conflitos de direito interno e a uniformização de tratamento interpretativo entre Cortes internacionais e nacionais.

Tanto é verdade que os autores reconhecem que a “indeterminación de la idea de diálogo posee la ventaja de su tremenda flexibilidad para describir los nuevos fenómenos”⁴⁰¹, ainda que advirtam o risco de debilitar o rigor de uma construção metodológico-jurídica, como aquela decorrente da velha teoria escalonada do direito⁴⁰². Mesmo assim, para os autores o diálogo deve ser visto como um fenômeno dinâmico que tem por finalidade facilitar a integração através dos direitos fundamentais e limitar seriamente as soberanias nacionais, no sentido (bidirecional) de informação recíproca e circulação de ideias⁴⁰³.

Mas, em última análise, observando o contexto da obra, a ideia de diálogo está fixada como medida de autoridade, pois não nega o propósito de sobrepor os limites da soberania interna, tomando por consideração as dificuldades das jurisdições internas, ditas como menos preparadas, e

⁴⁰⁰ GARCÍA ROCA, Javier; SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Pablo Antonio; SANTOLAYA MACHETTI, Pablo; CANOSA USERA, Raúl. (Orgs.) **El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos**. Madrid: Civitas, 2012. p. 74-75.

⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 75.

⁴⁰² *Ibid.*, *loc. cit.*

⁴⁰³ *Ibid.*, *loc. cit.*

apostando na força impositiva das Cortes internacionais de direitos humanos, no continente americano da CIDH e no continente europeu do TEDH.

A relação dialógica defendida pelos autores é de natureza instrumental, pois baseada no estabelecimento de um canal funcional que estabelece uma relação horizontal de comunicação espontânea e informal entre tribunais, que permitiria a aproximação dos conteúdos de suas decisões “(migración de ideas) e circulación” de categorias e critérios de ponderação de direitos na busca de um *ius commune* que não se confunde com unificação ou hegemonização, mas um espaço jurídico comum sobre direitos humanos⁴⁰⁴.

Trata-se, enfim, de um diálogo de notada feição pragmática que visa objetivamente o compartilhamento de experiências jurisdicionais, desprovido do melhor compromisso metodológico ou hermenêutico, trazendo o risco, como toda a casuística, “de la posibilidad de asumir libremente una motivación análoga de las decisiones” sem a adequada filtragem constitucional. A *práxis* defendida pelos autores, diante das dificuldades constitucionais e democráticas de cada país, especialmente aqueles de modernidade tardia como o Brasil, pode apenas servir de resposta paliativa ou *ad hoc* para os conflitos internos, mas não de afirmação de uma cultura normativo-constitutiva dos direitos humanos.

3.2.2 Humberto Nogueira Alcalá e o diálogo interjurisdiccional

De sua vez, quando **Alcalá**⁴⁰⁵ aborda o tema do **diálogo interjurisdiccional**, defende que a internacionalização do diálogo dos juízes é uma manifestação da desnacionalização do diálogo, como uma espécie de crítica aos juízes tradicionalmente vinculados a um território, aos seus procedimentos e normas. Sua noção de diálogo, como propriamente destaca,

⁴⁰⁴ Cf. GARCÍA ROCA, Javier; SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Pablo Antonio; SANTOLAYA MACHETTI, Pablo; CANOSA USERA, Raúl. (Orgs.) **El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos**. Madrid: Civitas, 2012. p. 76-78.

⁴⁰⁵ Cf. ALCALÁ, Humberto Nogueira. Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011. **Estudios Constitucionales**, Año 10, N° 2. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, 2012. p. 57-140.

está ligada à ideia de “apertura” ao conjunto de manifestações internacionais de direito, no qual o diálogo entre juízes se dá para além das fronteiras nacionais⁴⁰⁶.

O diálogo interjurisdicional nessas circunstâncias constitui-se em um debate, uma conversação ou intercâmbio de pontos de vista entre dois ou mais juízes ou tribunais nacionais e internacionais (vertical e/ou horizontal), em que o diálogo induziria tanto a oposição como a contradição, como ao acordo e ao consenso entre uma pluralidade de juízes⁴⁰⁷, porém sem indicar ao certo como metodologicamente essa “conversa” se estrutura procedimental e materialmente.

Na essência, *a priori*, até se poderia pensar existir uma grande afinidade das intenções dessa aproximação com a dialógica platônica que orienta Gadamer. Porém, como a proposta de Alcalá visa a dar funcionalização à administração da justiça de direitos humanos, seria forçoso concluir que há diferença entre ambas, mormente ao considerar-se que o diálogo para Gadamer não é um objeto à disposição do intérprete, mas um modo-de-ser hermenêutico.

É possível observar que Alcalá trata de especificar que as relações que pressupõem o diálogo interjurisdicional são dos tipos verticais ou horizontais, isto é, “lo diálogo se desarrolla inserto en el seno de un sistema jurídico en que o Estado es parte”⁴⁰⁸. Por isso, condicionará, inclusive, a possibilidade de um controle de convencionalidade, “que van a obligar a los jueces domésticos a dialogar necesariamente con los jueces internacionales a coordinar y armonizar la jurisprudencia nacional con de la Corte Internacional”. Para o autor, neste sentido, serviriam de referência a experiência da Corte de Estrasburgo (TEDH) e a perspectiva de trabalho da Corte de São José (CIDH)⁴⁰⁹.

Porém, mesmo no diálogo horizontal, que o autor qualifica como “espontâneo”, não se ultrapassa a ideia de arte ou técnica procedimental. A

⁴⁰⁶ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011. **Estudios Constitucionales**, Año 10, Nº 2. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, 2012, p. 58.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁴⁰⁸ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 59.

horizontalidade nesse quadro apenas faz deduzir que “no existe ninguna obligación de efectuarlo”, senão a liberdade de agir “citando jurisprudencias de otras cortes internacionales regionales o de otras jurisdicciones extranjeras tanto dentro de ámbito continentales o em diálogos intercontinentales”⁴¹⁰, o juiz nacional ordinário ou constitucional sente-se parte integrante do sistema interamericano⁴¹¹. Trata-se apenas de um estímulo para que esse mesmo juiz sinta-se confortável para buscar na própria Convenção Americana o fundamento para utilizar em suas decisões “a *ratio decidendi* ou a holding – en cuanto interpretación fidedigna ya auténtica” - emanada pelo seu intérprete final⁴¹², no caso, a Corte Interamericana.

Na realidade, a pretensão procedimental de uso ou mecanicização da atividade judiciária comprometida com a Convenção Americana está voltada, diretamente, para a funcionalização uniformizada da prestação jurisdicional do que, propriamente, com o conteúdo produtivo das decisões ou evolução hermenêutica em direitos humanos. Dentro dessa dinâmica, aparentemente o papel das Constituições e democracias restariam fragilizadas em sua autonomia, em benefício de uma (in)conveniente justiça “mais autorizada” que se encontraria acima dos Estados.

Surgiria, portanto, uma nova espécie de delegação da orfanidade⁴¹³, agora, para além do Estado, pois não se estaria resolvendo os problemas de construção do Direito, mas entregando a responsabilidade e/ou modo de fazê-lo a outrem. Considerando as dificuldades comuns de diversos países em processo de consolidação constitucional e democrática, entre eles o Brasil, apostar no controle de convencionalidade como dependente daquela funcionalização e sobreposição hierárquica jurisdicional seria, no mínimo, prejudicial.

⁴¹⁰ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011. **Estudios Constitucionales**, Año 10, N° 2. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, 2012. p. 59.

⁴¹¹ Ibid., p. 60.

⁴¹² Ibid., p. 71.

⁴¹³ Na linha de Ingeborg Maus em Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’. **Novos Estudos**. CEBRAP, São Paulo, n° 58, nov. 2000, p. 185.

Por certo, não se quer olvidar o papel de fonte tanto das obrigações normativas das convenções e tratados de direitos humanos ou mesmo das decisões da Corte Interamericana. Contudo, a crítica se destina ao modo ou à racionalidade sobre as quais estão assentadas as práticas judiciárias e o modo como lidam com os compromissos internacionais e, por consequência, como “criam” o Direito. Nessas condições a utilidade (ou utilitarização) de um controle de convencionalidade baseado em uma espécie de “justiça mais autorizada”, de uma instância superior aos tribunais nacionais, de uma saída procedimental aos desvios e abusos internos, apenas servem de cortina para esconder as reais dificuldades internas, políticas e jurídicas dos Estados, mantendo-se a efetiva resolução dos problemas em segundo plano. São sempre, em última análise, medidas paliativas e casuístico-pragmaticistas que não resolvem o problema do déficit democrático e normativo-interpretativo-constitucional do Direito.

A instrumentalidade da metodologia dos “diálogos” pragmáticos, passa ao largo da problemática dos tradicionais “critérios” decisórios de direito internacional dos direitos humanos, como servem de exemplo: “margem de apreciação nacional”, a ‘aplicação da norma mais favorável a pessoa’ ou ‘*pro homine*’, a ‘prevalência do *jus cogens*’ e a ‘subsidiariedade das cortes internacionais’. Isso porque, na realidade, como esses critérios, notadamente, de cunho liberal-individualista, são sempre dependentes da discricionariedade judicial do juiz nacional, têm sido ineficazes (inaplicados), justamente pela prevalência da própria discricionariedade dos juízes nacionais que preferem – por medida de autoridade – valerem-se dos argumentos hierárquicos-normativistas para fazer prevalecer o direito interno em detrimento da normatividade constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos.

Logo, quando Alcalá defende a construção de uma espécie de *corpus iuris* interamericano a partir das decisões que formarão a jurisprudência em matéria de standards mínimos, acaba reconhecendo que é um modelo depende de “un dialogo entre juices ordinarios y o Tribunal Constitucional, el que se desarrolla fuera del controle de constitucionalidade que determina la

Constitución y tienen a función concurrente de aplicar el control de convencionalidad”⁴¹⁴.

O diálogo nesse contexto revela-se como instrumento finalístico e não propriamente como um modo-de-ser hermenêutico, já que tem por intuito o alinhamento ou harmonização acerca das disposições convencionais, tendo a Corte Internacional como a última palavra, uma vez que é proporcional que o juiz desobrigue-se daquilo que pesa sobre ele - subordinação à lei nacional – em prejuízo dos direitos assegurados convencionalmente⁴¹⁵.

Para Alcalá, uma prestação jurisdiccional especializada e qualificada em matéria de direitos humanos, deverá considerar o ‘diálogo’ entre juízes e tribunais, nacionais e internacionais, na busca do que nomina de “estándar mínimo común ou protección equivalente”⁴¹⁶:

[...] la participación de los Estados como partes de ordenamientos convencionales que aseguran y garantizan derechos humanos establecen restricciones procesales específicas en relación a los órdenes jurídicos internos que van a obligar a los jueces domésticos a dialogar necesariamente con los jueces internacionales, como asimismo a coordinar y armonizar la jurisprudencia nacional con la de la Corte Internacional, debiendo asegurar el juez interno al menos el estándar mínimo común o protección equivalente a la que brinda la jurisprudencia de la Corte Internacional respectiva.⁴¹⁷

No entanto, o manejo da metodologia tem como característica a dependência do protagonismo judicial. Alcalá, inclusive, defende a possibilidade dos juízes nacionais apostarem no desenvolvimento de técnicas interpretativas como: “la interpretación extensiva, la interpretación innovadora, la interpretación correctiva, la interpretación receptiva, la interpretación neutralizadora y la interpretación discordante”, todas voltadas à administração da relação entre direito nacional e o convencional⁴¹⁸.

Definitivamente, não há como compatibilizar esse tipo de “diálogo”, teleológico-instrumental e de sistema multinível – interno e internacional - baseado no emprego de critérios tradicionais ou de técnicas interpretativas,

⁴¹⁴ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011. **Estudios Constitucionales**, Año 10, N° 2. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, 2012. p. 85.

⁴¹⁵ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁴¹⁶ *Ibid.*, p. 60.

⁴¹⁷ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁴¹⁸ *Ibid.*, p. 85.

quando são sustentados na figura do sujeito. Assim, por não superarem a lógica da relação sujeito-objeto, não se constituem como racionalidade alternativa (hermenêutica) aos discursos hierárquico-normativistas e de consolidação da autonomia do constitucionalismo contemporâneo.

3.2.3 Burgorgue-Larsen e a internacionalização do diálogo de juízes

Ainda na literatura internacional, observa-se como uma das grandes referências em questão de diálogo interjurisdicional, a francesa **Laurence Burgorgue-Larsen** e a defesa da **internacionalização do diálogo de juízes**⁴¹⁹. A autora, talvez introduzida pioneiramente no Brasil pela internacionalista Jânia Maria Lopes Saldanha, defende uma espécie de desnacionalização do diálogo entre os juízes⁴²⁰.

Em artigo, chamado de missiva dirigida ao presidente do Conselho de Estado Francês Bruno Genevois, a internacionalista francesa atribui àquela autoridade a “vulgarização” na França da expressão “diálogo de juízes”. Em razão disso, teria passado a introduzi-lo em suas pesquisas como uma face da globalização, daquilo que induz a uma internacionalização dos sistemas e dos comportamentos judiciais nacionais e em uma nacionalização do direito e dos procedimentos internacionais⁴²¹.

Para Burgorgue-Larsen “l'internationalisation du dialogue des juges est entendue comme la manifestation du décloisonnement territorial du dialogue. Le juge est conduit à s'ouvrir à d'autres juges rattachés à d'autres univers

⁴¹⁹ Cf. BURGORGUE-LARSEN, Laurence. De l'internationalisation du dialogue des juges. Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois. **Le dialogue des juges**. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois, Paris, Dalloz, 2009, pp. 95-130. In: http://www.univ-paris1.fr/fileadmin/IREDIES/Contributions_en_ligne/L_BURGORGUE-LARSEN/M%C3%A9langes/LBL_M%C3%A9langes_Genevois-1.pdf Acesso em 01 de out. 2014.

⁴²⁰ Cf., por exemplo, SALDANHA, Jânia Maria. Lopes Novas geometrias e novos sentidos: Internacionalização do Direito e internacionalização do diálogo dos sistemas de justiça. In: **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado STRECK, Lenio Luiz, ROCHA, Leonel Severo, ENGELMANN, Wilson. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo, UNISINOS, 2012. pp. 137-160.

⁴²¹ BURGORGUE-LARSEN, op. cit., p. 96.

systemiques”⁴²². É bem verdade que a autora expressamente afasta qualquer orientação jurídica para o processo de abertura através do diálogo, mas defende que o juiz doméstico, aquele sempre ligado a um território, precisa abrir-se para o amplo leque das manifestações, tanto da internacionalização como do recuo das fronteiras territoriais⁴²³, ainda que não se comprometa metodologicamente em dizer como, de fato, isso deve acontecer.

Na proposta de Burgorgue-Larsen há uma referência à ideia dos diálogos de Platão, contudo, sem maiores aprofundamentos, pois o faz meramente para justificar que o diálogo é como uma conversa entre duas ou mais pessoas e, por consequência, também pode se desenvolver entre mais do que dois juízes: “le dialogue peut être tri- voire multidimensionnel. Le dialogue ne se manifeste pas exclusivement dans le cadre d’un duo juridictionnel. Il peut se nourrir de multiples interactions entre plus de deux juges”⁴²⁴.

É certo que, como afirma Burgorgue-Larsen, o diálogo induz ao mesmo tempo a oposição - o desacordo, mas também o entendimento – a concordância, apesar de se ter ainda que identificar os *contextos* nos quais as manifestações das discussões judiciais nascem e se desenvolvem. A partir do que qualifica como comércio de juízes⁴²⁵, a autora sinaliza dois contextos em que pode dar-se esse intercâmbio entre juízes. Um primeiro tipo de diálogo se insere no seio de um sistema jurídico – mais ou menos sofisticado – e apresenta a forma da verticalidade, na medida em que ele se elabora entre um juiz internacional e um juiz doméstico. Aqui, é um conjunto de vinculações processuais específicas oriundas dos sistemas internacionais que dominam as

⁴²² [...] a internacionalização do diálogo dos juízes é compreendida como sendo a manifestação do desemparedamento territorial do diálogo. O juiz é levado a se abrir a outros juízes ligados a outros universos sistêmicos (tradução nossa). BURGORGUE-LARSEN, Laurence. De l'internationalisation du dialogue des juges. Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois. **Le dialogue des juges**. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois, Paris, Dalloz, 2009, p. 97. In: http://www.univ-paris1.fr/fileadmin/IREDIES/Contributions_en_ligne/L_BURGORGUE-LARSEN/M%C3%A9langes/LBL_M%C3%A9langes_Genevois-1.pdf Acesso em 01 de out. 2014.

⁴²³ Ibid., p. 97.

⁴²⁴ [...] o diálogo pode ser tri, e até multidimensional. O diálogo não se manifesta exclusivamente no âmbito de um dueto jurisdicional. Ele pode se alimentar com múltiplas interações entre mais de dois juízes (tradução nossa). Ibid., *loc. cit.*

⁴²⁵ Expressão emprestada de GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. In: **Les juges dans la mondialisation: la nouvelle révolution du droit**. Paris: Ed. du Seuil; La République des idées, 2005.

ordens jurídicas internas que vão obrigar os juízes, assentados nas duas margens do espaço jurídico - a margem nacional e a margem supranacional - a conversar. O segundo tipo de diálogo se insere em um espaço muito mais aberto, pelo fato de ser, em momento algum, ligado a um sistema específico. Aqui, juízes de todas as tendências se lançam em conversas judiciais na base de uma abertura espontânea ao mundo da justiça na sua globalidade internacional⁴²⁶.

Em ambos os casos, seja o diálogo orquestré (I) ou débridé (II), esses relacionamentos judiciais tomam corpo concretamente de maneira idêntica, formando uma espécie de “le chassé-croisé des références à des décisions de justice « externes » (nationales et/ou internationales) qui est la marque du dialogue judiciaire”⁴²⁷.

Mas a questão que talvez não tenha ficado bem definida é que em ambas as situações, a preocupação da autora centraliza-se nos modos de como se dão as conexões, independentemente do resultado a ser auferido. Observe, em particular, que embora a internacionalista francesa busque descrever as variadas formas que possam se dar esses diálogos (instrumentais) da internacionalização judicial (diálogo orquestrado, diálogo integrado, diálogo convencional, diálogo solto), tomando por consideração as experiências da União Europeia e Interamericana, sua abordagem sempre se reduz à descrição de mecanismos que devem, em cada caso, melhor se adequarem à lógica e às práticas dos sistemas e tribunais nacionais e regionais. Não há, em última análise, um compromisso teórico-hermenêutico com a repercussão de cada uma das metodologias. Nesse sentido, a autora expressamente reconhece que seu propósito consiste mais simplesmente em revelar as manifestações mais vivas deste “diálogo solto ou não orquestrado” que se instalou tanto de forma horizontal quanto de forma vertical no interior

⁴²⁶ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. De l'internationalisation du dialogue des juges. Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois. **Le dialogue des juges**. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois, Paris, Dalloz, 2009, p. 98-99. In: http://www.univ-paris1.fr/fileadmin/IREDIES/Contributions_en_ligne/L_BURGORGUE-LARSEN/M%C3%A9langes/LBL_M%C3%A9langes_Genevois-1.pdf Acesso em 01 de out. 2014.

⁴²⁷ [...] orquestrado (I) ou sem nexos (II) – [...] balé das referências a decisões de justiça “externas” (nacionais e/ou internacionais) que é a marca do diálogo judicial. Ibid., p. 99.

dos continentes, como também entre suas margens⁴²⁸, e nem tanto as repercussões desses entrelaçamentos.

Mesmo assim, não se pode olvidar o qualificado trabalho desenvolvido por Burgorgue-Larsen, em especial, das razões pelas quais foi levada a acreditar na necessidade do diálogo, seja do ponto de vista jurisprudencial como do ponto de vista doutrinário. Todavia, como já alertado anteriormente, a metodologia parece ressentir-se do porquê do diálogo. O argumento de uniformização de tratamento de direitos humanos pelos sistemas, no particular, da realidade interamericana, poderia representar um incontável “comércio de juízes” diante da adolescente democracia constitucional brasileira, mormente quando se consideram as dificuldades de se controlar a discricionariedade judicial em âmbito interno.

De fato, Burgorgue-Larsen revela certa prudência no tema, na medida em que adverte que o “diálogo” apenas lança um desafio aos analíticos e práticos, havendo grandes perspectivas judiciais e doutrinárias, ainda que não lineares⁴²⁹. Portanto, é válida a preocupação diante das possíveis carências da metodologização ou de adequada teorização, as quais reivindicam melhor aprimoramento como ideia pragmático-realista.

O diálogo neste contexto é, em suma, sob todo o risco de uma simplorização, expressão para a interjurisdicionalização do direito internacional, a partir do uso cruzado de referências jurisprudenciais entre juízes, sem o adequado controle teórico ou reflexão hermenêutica. Em outras palavras, significa uma perigosa dependência externa da produção jurídica e, por consequência, um flanco aberto, para uma espécie de jurisprudencialização casuístico-internacional ou neocolonialismo jurisprudencial, conforme já se referiu anteriormente.

⁴²⁸ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. De l'internationalisation du dialogue des juges. Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois. **Le dialogue des juges**. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois, Paris, Dalloz, 2009, p. 116. In: http://www.univ-paris1.fr/fileadmin/IREDI/Contributions_en_ligne/L_BURGORGUE-LARSEN/M%C3%A9langes/LBL_M%C3%A9langes_Genevois-1.pdf Acesso em 01 de out. 2014.

⁴²⁹ Ibid., p. 130.

3.2.4 Delmas-Marty e o diálogo entre juízes como uma dialética entre o geral e o particular

No mesmo sentido apontam as ideias de **Delmas-Marty**, quando fala do caminho percorrido pelos juízes na refundação dos poderes, em que a **internacionalização dos juízes nacionais e o aumento da jurisdicionalização do direito internacional** irão constituir um duplo fenômeno que contribui para o equilíbrio dos poderes para uma futura ordem mundial⁴³⁰. A ideia da internacionalista francesa aponta para a mundialização como fenômeno para além do direito internacional e do Estado-Nação, deslocando para os juízes a mediação (dialética) entre o geral e o particular, do risco da ordem hegemônica e da desordem impotente⁴³¹.

Para Delmas-Marty, esse movimento de internacionalização dos juízes que começa com a “intensificação do intercâmbio entre eles”, é facilitado pelas novas tecnologias de informação e pela criação de redes judiciais, nas quais essa troca, espontânea e horizontal (não-hierárquica), tradicional entre juízes da *common law*, agora estariam se estendendo também aos juízes da tradição legalista⁴³².

A partir disso inicia-se a constituição de uma comunidade *informal* de juízes que acompanha a própria globalização, não apenas como expressão de uma internacionalização propriamente dita (por extensão da jurisdição para além do território nacional), mas também através da recepção do direito internacional como efeito da emancipação até mesmo de emulação. No caso, a emancipação seria, de fato, o resultado da aplicação direta de textos internacionais, às vezes como forma de neutralizar o direito interno⁴³³, enquanto que a emulação seria, paradoxalmente, devido à concorrência que se

⁴³⁰ DELMAS-MARTY, Mireille. **Les forces imaginantes du droit (III)**: La refondation des pouvoirs. Paris: Seuil, 2007. p. 42.

⁴³¹ Cf. Id. **Les forces imaginantes du droit (I)**: Le relatif et l’universel. Paris: Seuil, 2004. p. 414.

⁴³² DELMAS-MARTY, Mireille. **Les forces imaginantes du droit (III)**: La refondation des pouvoirs. Paris: Seuil, 2007. p. 42.

⁴³³ Ibid., p. 43 *et seq.*

cria pelo desenvolvimento de jurisdições internacionais, uma forma de estímulo à coragem dos juízes nacionais à aplicação do direito internacional⁴³⁴.

Com efeito, a jurisdicionalização do direito internacional apareceria como produto de um conjunto de transformações oriundas da busca de harmonização progressiva das legislações nacionais ao direito e controle internacional, uma vez que a harmonização raramente se daria de forma espontânea. Isso significaria dizer que a busca por harmonização judiciária e legislativa constitui-se como o elemento de aproximação de internacionalização dos juízes nacionais e o conseqüente processo, ainda que complementar, de jurisdicionalização do direito internacional, ou mesmo, como uma exigência decorrente desse fenômeno.

A proliferação de tribunais internacionais, por exemplo, é um movimento que começa a perturbar as estruturas de poder, introduzindo uma dinâmica ordem jurídica transnacional e, por vezes, supranacional⁴³⁵, porém com as quais o imaginário jurídico (e político) em geral, parece ainda não estar preparado para lidar. Na realidade brasileira, há uma carência teórica e cultural para a jurisdição internacional, seja ela hierárquica ou não, não é por menos que em diversas oportunidades o próprio Supremo Tribunal Federal reiterou a supremacia sistemática de sua última palavra em termos jurisdicionais. Porém, considerando a carência de consolidação de diversas conquistas democráticas, políticas e sociais, não seria conveniente delegar para uma autoridade jurisdicional externa o poder de impor decisões sem a adequada modulação interna. É preciso, explorar as potencialidades hermenêuticas do constitucionalismo e democracia brasileira, por vezes, obscurecidas pelas racionalidades “lógico-sistemáticas” e funcionalizadas pelo pragmatismo teórico de segundo nível que não permitem o florescimento de uma nova realidade construtiva, em especial, para o e a partir do Direito.

Assim, a produtividade da tese de Delmas-Marty não poderá olvidar dificuldades comuns de um país como o Brasil em comparação com a realidade da União Europeia, mormente quando o eixo das medidas de aproximação

⁴³⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. **Les forces imaginantes du droit (III)**: La refondation des pouvoirs. Paris: Seuil, 2007. p. 48.

⁴³⁵ *Ibid.*, p. 51.

(interação ou diálogo), se origina de premissas emancipatórias e de emulação, baseadas no “bom senso” do aplicador, sem o devido ajuste hermenêutico e ao alvedrio da própria normatividade constitucional.

Não se pode colocar o Brasil ou mesmo a própria região interamericana ao nível europeu, ou ainda pretender equalizar o papel do Tribunal de Estrasburgo ao da Corte Interamericana, ao ponto de compará-la a um tribunal constitucional de revisão ou um tribunal de superior instância (supranacional). Essa realidade não existe, pois não dispõe de cultura política, jurídica e social para implementá-la, nem mesmo seria conveniente que assim o fosse. Novamente, enfatiza-se que é preciso apostar na força normativa do constitucionalismo brasileiro e conjugar, a partir dele, a normatividade dos tratados internacionais de direitos humanos.

A defesa de um sistema interjurisdicional de justiça internacional baseado em “diálogos” surgidos do “comércio espontâneo de juízes” seria um caminho sem volta e, possivelmente, um retrocesso social em termos de conquistas democráticas, em particular, no que diz respeito ao controle das decisões judiciais. De fato, não resolve o problema da produção democrática do Direito migrar-se de um sistema hierárquico para outro (internacional), sobretudo, se esse *outro* vem de fora para dentro, sem nenhuma filtragem ou compromisso hermenêutico.

Sem apostar definitivamente nos juízes, Delmas-Marty propõe a interação da trilogia conhecimento-vontade-poder. Em um mundo ideal o conhecimento inspiraria vontades, levando a racionalizar as escolhas, e a vontade inspiraria os poderes a se organizar e legitimar, ao invés de fenômenos de auto-reprodução e auto-legitimação, muitas vezes observáveis. A trilogia, ao invés do triângulo (pirâmide), seria marcada pela combinação de diferentes lógicas que determinam formas instáveis e que incluem todos os atores, institucionais e não-institucionais. A instabilidade, neste caso, não impediria a busca por novas fundações ou valores comuns (comunidade de valores) para o Estado de Direito, sob o signo do pluralismo ordenado⁴³⁶.

⁴³⁶ DELMAS-MARTY, Mireille. **Les forces imaginantes du droit (III)**: La refondation des pouvoirs. Paris: Seuil, 2007. p. 253 - 279.

É bem verdade que não se pode negar que a complexidade e a instabilidade são inerentes ao pluralismo, no qual há uma fragmentação dos poderes estabelecidos entre diferentes atores e níveis e a demanda por uma renovação de técnicas jurídicas para promover articulações e interações. Contudo, a grande problemática é mudar o operador de legitimidade dessas transformações – da subjetividade dos atores à intersubjetividade hermenêutica – pois é um traço comum dos “diálogos” instrumentais a dependência na figura do sujeito.

Então, ao se conjugar as dificuldades interpretativas da doutrina e da jurisprudência, já analisadas, e as propostas de solução baseadas em “diálogos interjurisdicionais ou de justiça”/“comércio de juízes” as perspectivas serão apenas de mudar/agravar o nível ou dimensão da problemática que aqui propõe-se enfrentar – a dificuldade hierárquico-normativista de lidar com os tratados internacionais de direitos humanos no Brasil -, sem, contudo, se ter a expectativa, mais uma vez, de um novo estágio interpretativo (hermenêutico) mais produtivo e coerente.

3.2.5 Cláudia Lima Marques e o diálogo das fontes de Erik Jayme

Por último, e mais recentemente, foi introduzida no Brasil por meio de **Cláudia Lima Marques**⁴³⁷ a **teoria do diálogo das fontes de Erik Jayme**⁴³⁸. É importante registrar previamente que a teoria desenvolvida por Jayme está baseada na coordenação das fontes dentro de um sistema jurídico tomando por consideração as peculiaridades do direito internacional privado. A ideia de Jayme consiste em uma tentativa de buscar uma melhor interação com o direito internacional público, especialmente no que diz respeito aos tratados em geral

⁴³⁷ Cf. MARQUES, Cláudia Lima; KLEE, Antonia Espíndola Longoni (Coord.) *et al.* **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

⁴³⁸ Cf. JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**, Haye, Nijhoff, II, v.251, 1995.

e, em função deles, o surgimento de diferentes subsistemas que colocariam em risco a unidade do direito internacional⁴³⁹.

Entretanto, a sua transmutação para o Brasil, a partir de Cláudia Lima Marques anunciou-se com ares de “novo método da teoria geral da interpretação e aplicação das leis” e que poderia ser usado na aplicação de todos os ramos do direito como instrumento útil ao “aplicador da lei no tempo em face do pluralismo pós-moderno de fontes”⁴⁴⁰. Todavia, importante, destacar o recorte empreendido pela civilista em sua aplicação no âmbito das relações entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor⁴⁴¹.

Por isso, faz-se necessário destacar algumas circunstâncias: a primeira é a de que conforme se depreende, trata-se de uma adaptação dos critérios originais de Jayme ao foco das pesquisas da civilista; segundo, a partir do que especifica Marques, se sua universalidade é apenas para casos de aplicação da lei no tempo, excetuam-se-iam, *a priori*, a questão da aplicação da lei no espaço, por consequência, se recairia em um aparente conflito com a ideia de universalização; por fim, que o elemento fundamental da tese da Jayme, a identidade cultural, responsável por estabelecer o liame com os direitos humanos – seu *Leitmotiv* – e que invoca o princípio da igualdade⁴⁴² requer maior atenção para fins de adequação no Brasil. Isso porque, lá no contexto da comunidade europeia ainda na década de 1990 o direito internacional talvez reivindicasse um melhor tratamento dos “diferentes” em questão de nacionalidade e direito humanitário em razão da fragmentação do direito internacional, fazendo com que a tese de Jayme encontrasse as condições para prosperar.

Em alguma medida as ideias de Erick Jayme se comunicam com aquelas desenvolvidas por Delmas-Marty, especialmente, na questão da

⁴³⁹ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**, Haye, Nijhoff, II, v.251, 1995. p. 60 e 251.

⁴⁴⁰ Cf. MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In. MARQUES, Cláudia Lima; KLEE, Antonia Espíndola Longoni (Coord.) *et al.* **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 21.

⁴⁴¹ Id. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo” das fontes no combate às cláusulas abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, nº 45, jan.-mar. 2003. p. 71-99.

⁴⁴² JAYME, op. cit., *passim*.

coordenação entre sistemas jurídicos e de fontes mediante a colaboração entre juízes de diferentes Estados como expressão obrigatória das convenções internacionais:

[...] dès lors que l'on évoque la communication en droit international privé, le phénomène le plus important est le fait que la solution des conflits de lois émerge comme résultat d'un dialogue entre les sources les plus hétérogènes. Les droits de l'homme, les constitutions, les conventions internationales, les systèmes nationaux: toutes ces sources ne s'excluent pas mutuellement; elles 'parlent' l'une à l'autre. Les juges sont tenus de coordonner ces sources en écoutant ce qu'elles disent⁴⁴³.

Porém, a dificuldade tradicional que demandaria o “diálogo das fontes” proposto por Erick Jayme e o diferencia em relação à ideia de diálogo hermenêutico como proposta de exceção à racionalidade autoritária hierárquico-normativista em direitos humanos, seria sua restrição de uso à resolução de antinomias pela via da harmonização ou coordenação das fontes, embora sem perder de vista as soluções tradicionais⁴⁴⁴, sua dependência do pensamento sistemático⁴⁴⁵, funcional (e metodológico⁴⁴⁶) e, por consequência, da fatalidade da delegação ao protagonismo do intérprete.

Ainda que Cláudia Lima Marques tenha afirmado que a teoria de Erik Jayme transcenda o debate sobre as teorias positivistas⁴⁴⁷, algumas questões podem indicar de forma diversa, especialmente, quando a autora afirma que o “diálogo das fontes é diálogo entre as leis postas, mas também pode atingir novas narrativas de inspiração, soft law, costumes, princípios gerais [...]”. Aliás, consigne-se que na base da teoria, segundo refere Marques estão, por

⁴⁴³ “Quando se faz referência à comunicação em Direito Internacional Privado, o fenômeno mais importante é o fato de que a solução do conflito de lei surge como resultado de um diálogo entre as fontes mais heterogêneas. Os direitos do homem, as constituições, as convenções internacionais: todas essas fontes não são mutuamente excludentes; elas ‘falam’ entre si. Os juízes são necessários para coordenar essas fontes, ouvindo o que elas dizem” (tradução nossa). JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, Haye, Nijhoff, II, v.251, 1995. p. 259.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, p. 60.

⁴⁴⁵ MIRAGEM, BRUNO. *EPPUR SI MUOVE: Diálogo das Fontes como método da interpretação sistemática no direito brasileiro*. In. MARQUES, Cláudia Lima; KLEE, Antonia Espíndola Longoni (Coord.) *et al. Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 78 *et. seq.*

⁴⁴⁶ Cf. MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In. MARQUES, Cláudia Lima; KLEE, Antonia Espíndola Longoni (Coord.) *et al. Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 21-26.

⁴⁴⁷ *Ibid.*, p. 24.

exemplo, Claus-Wilhelm Canaris, Phillipe Heck e Norberto Bobbio, entre outros⁴⁴⁸.

O caráter instrumental da teoria de Erik Jayme também pode ser visto a partir da orientação finalística pela qual se busca coerência das normas mediante de critérios de utilidade, flexibilidade e convergência das fontes⁴⁴⁹. Na realidade segundo alguns dos autores que advogam a tese do “diálogo das fontes” no Brasil, diante de um cenário de “pós-modernidade” caracterizada pela incerteza e o individualismo e que se recusa à catalogação e à sistematização, há um terreno frutuoso para a criação dessa verdadeira teoria finalística⁴⁵⁰.

Não se pode perder de vista que esse pragmaticismo/finalismo da teoria do diálogo das fontes tem raízes na jurisprudência dos valores de Radbruch⁴⁵¹,

⁴⁴⁸ MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In. MARQUES, Cláudia Lima; KLEE, Antonia Espíndola Longoni (Coord.) *et al.* **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 23-24; JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**, Haye, Nijhoff, II, v.251, 1995. p. 36 *et. seq.*

⁴⁴⁹ Cf. MARQUES, op. cit., p. 30 *et. seq.*

⁴⁵⁰ MARIGHETTO, Andrea. O “diálogo das fontes” como forma de passagem da teoria sistemático-moderna à teoria finalística ou pós-moderna do Direito. In. MARQUES, Cláudia Lima; KLEE, Antonia Espíndola Longoni (Coord.) *et al.* **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. pp. 112, 118 *et. seq.*

⁴⁵¹ O filósofo alemão Gustav Radbruch, desenvolveu ao longo da primeira metade do século XX uma filosofia do Direito de caráter neokantiano, buscando a refundação de uma filosofia de direito material, para além do formalismo kelseniano, voltada para a construção de valores jurídicos, muito em razão do Estado de não-direito nazista que havia se instaurado na Alemanha, mas que a toda evidência, posteriormente, acabou pagando o preço do relativismo na teoria dos valores. A jurisprudência dos valores tem como vertente o neokantismo sudocidental alemão do início do século passado, dentre seus expoentes encontram-se os filósofos Heirich Rickert, Emil Lask e Gustav Radbruch. Tratou-se de um movimento que acentua a razão-prática e as normas axiológicas, desapegado do formalismo, atuando na colocação cultural do Direito e da necessária complementação dos esquemas formais com valores. As experiências daquela época fizeram com que Radbruch desenvolvesse uma teoria voltada de proteção aos direitos fundamentais, que tomava em conta a ausência, pelo positivismo de então, de uma percepção de valores jurídicos que sustentassem o direito positivo em um sentido não dependente dos poderes instituídos e, porventura, ditatoriais, descomprometidos com a democracia e que arruinam a unidade do ordenamento jurídico, a segurança jurídica, as liberdades, a justiça e o bem comum. Então, a partir daquele período, dar aos homens o que necessitavam, enquanto bens existenciais, teria o propósito estrito de suplantar as utopias do positivismo nazista. Esse foi, portanto, o início de um movimento metodológico que “embora não prevendo uma criação imediata do direito pelo juiz, lhe reservavam uma tarefa criativa no delimitado âmbito das normas jurídicas positivas, mas estendidos para além de tais normas com ajuda de máximas da experiência e de princípios gerais” se perpetuou na história e que, inclusive, aqui no Brasil, fora de contexto, ainda permeia o imaginário dos juristas. Cf. KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito**

em uma espécie de reivindicação de primazia da justiça sobre a segurança jurídica (hierarquia axiológico-normativa), como afirmou Bruno Miragem, argumentos os quais se encontrarão, como reconhece o mesmo autor, assimilados na teoria da argumentação de Robert Alexy⁴⁵²⁻⁴⁵³.

Assim, traduzindo o caráter pragmático-instrumental da teoria, Marques defende que o domínio do método do diálogo das fontes ajuda na *escolha* das leis a aplicar, na sua ordem e na interpretação dela⁴⁵⁴. Da mesma forma, Bruno Miragem afirma que o método de interpretação do direito é também método de aplicação, de maneira que o método do diálogo das fontes não se ocuparia apenas com a interpretação da norma, mas especialmente com o resultado de sua aplicação. A cisão entre interpretar e aplicar seria a distinção mais evidente entre o diálogo das fontes e os diálogos hermenêuticos, uma vez que tanto a questão da “escolha na aplicação”, como a preocupação finalística do resultado representam a manutenção do esquema sujeito-objeto.

Então, ainda que o diálogo das fontes na visão de Jayme tenha por objetivo “suavizar” os métodos tradicionais de solução de antinomias (hierarquia, especialidade e anterioridade) - como aqueles previstos na já inoportuna Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro (LINDB) -, na realidade introduz uma visão mais *soft*⁴⁵⁵ de resolução pela via da coordenação ou coexistência normativa:

contemporâneas. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 136; RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência do direito.** Trad. de Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. X.; LOSANO, Mario. **Sistema e estrutura no direito**, volume 1: das origens à escola histórica. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Editora WM Martins Fontes, 2008. p. 245; DUTRA, Jeferson Luiz. Jurisprudência dos Valores. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito.** São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 490.

⁴⁵² MIRAGEM, BRUNO. *EPPUR SI MUOVE*: Diálogo das Fontes como método da interpretação sistemática no direito brasileiro. In. MARQUES, Cláudia Lima; KLEE, Antonia Espíndola Longoni (Coord.) *et al.* **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 72-73.

⁴⁵³ Cf. ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho.** Trad. de Jorge de Sena. Espanha, Barcelona: Gedisa, 1994. p. 33.

⁴⁵⁴ MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In. MARQUES, Cláudia Lima; KLEE, Antonia Espíndola Longoni (Coord.) *et al.* **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 30.

⁴⁵⁵ Cf. *Ibid.*, p. 30 *et seq.*; JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**, Haye, Nijhoff, II, v.251, 1995. p.60.

[...] a nova hierarquia, que é a coerência dada pelos valores constitucionais e a prevalência dos direitos humanos; a nova especialidade, que é a ideia de complementação ou aplicação subsidiária das normas especiais, entre elas com tempo e ordem nesta aplicação, primeiro a mais valorativa, depois, no que couberem, as outras; e a nova anterioridade, que não vem do tempo de promulgação da lei, mas sim da necessidade de adaptar o sistema cada vez que uma lei nele é inserida pelo legislador. Influências recíprocas guiadas pelos valores constitucionais vão guiar este diálogo de adaptação sistemático⁴⁵⁶.

Portanto, enquanto método interpretativo, o diálogo das fontes de Erik Jayme se dirige a solução de conflitos legislativos no âmbito do direito internacional privado, sem prescindir da figura, em particular, dos juízes, pois são necessários para coordenar essas fontes, escutando o que elas dizem⁴⁵⁷. Além disso, não se deve esquecer que na recepção brasileira a tese ainda se propõe a uma aplicação geral no Direito e, inclusive, para a colmatação de lacunas⁴⁵⁸.

É interessante observar que, em tempos de jurisdição constitucional, de interpretação conforme a Constituição, de nulidade parcial sem redução de texto, entre outras técnicas interpretativas, ainda se busque saídas teóricas para metodologias privatistas. Isso não quer dizer que as soluções de antinomias previstas na LINDB não sejam aplicáveis, mas a possibilidade de salvar normas em nosso constitucionalismo democrático não advém da atenuação de tais medidas, mas como resultado do exercício hermenêutico na jurisdição constitucional. Por consequência, mirar nessas metodologias para, a partir delas próprias, encontrar soluções interpretativas não parece resultar em maiores acréscimos hermenêuticos, especialmente, considerando a sua dependência da subjetividade do intérprete e seu acoplamento axiológico *ad hoc*.

⁴⁵⁶ MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In. MARQUES, Cláudia Lima; KLEE, Antonia Espíndola Longoni (Coord.) *et al.* **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 31.

⁴⁵⁷ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**, Haye, Nijhoff, II, v.251, 1995. p. 259.

⁴⁵⁸ MIRAGEM, BRUNO. *EPPUR SI MUOVE*: Diálogo das Fontes como método da interpretação sistemática no direito brasileiro. In. MARQUES, Cláudia Lima; KLEE, Antonia Espíndola Longoni (Coord.) *et al.* **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 83-85.

Na realidade, a defesa do princípio da coerência não tem um maior significado hermenêutico (dialógico) neste contexto, senão um instrumento finalístico para solucionar problemas de convergência entre disposições normativas de mesmo nível hierárquico. Assim, ao que parece o *diálogo das fontes* de Jayme encontraria dificuldades mais complexas diante da problemática dos conflitos hierárquico-normativos em nível constitucional-internacional, especialmente, no que concerne à aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil.

3.2.6 Dos diálogos pragmáticos ao diálogo hermenêutico

A questão é que a contraposição da norma internacional ao direito nacional amplo senso tem servido como (contra)ponto dialógico às insuficiências e deficiências da ordem nacional. Na realidade a ausência de comunicação é verdadeiramente prejudicial para a produtividade do próprio direito constitucional, porém isso precisa ser construído dialogicamente entre teoria e prática. Não basta um acoplamento metodológico e pragmático suscetível de manipulações, senão a (re)construção hermenêutica capaz de recuperar a experiência do mundo prático e jogá-lo na realidade interpretativa, como a finalidade de garantir o caráter sustentável e contínuo de uma nova tradição no tratamento dos direitos humanos no cenário constitucional brasileiro.

Assim, por exemplo, a dependência da atuação jurisdicional para a consolidação dos direitos humanos quer apontar para uma dificuldade democrática de ordem política que parece não resolver-se. De fato, as conquistas constitucionais não se projetaram nas práticas políticas e sociais até mesmo por um déficit de cidadania. Logo, buscar transferir para o judiciário nacional a afirmação da cidadania já representaria um problema (controle da discricionariedade), outorgar para que isso pudesse se ampliar além das fronteiras sem o devido acompanhamento, seria mais temerário, para dizer o mínimo.

Poder-se-ia cogitar que os diálogos entre sistemas regionais e/ou interjurisdicionais será, talvez, um passo futuro, porém não sem antes resolverem-se os problemas de maturidade democrática e constitucional do país e de como se (re)produz o Direito nessa quadra da história dentro de um paradigma autoritário (hierárquico-normativista). Em última análise, os diálogos apresentados e discutidos, aparentemente não superam os velhos problemas do positivismo, especialmente, aqueles oriundos do âmbito da *práxis* interpretativa, pois, no fundo, a pragmática dos diálogos interjurisdicionais quer apostar no protagonismo judicial como drible à formalidade conceitual e legislativa do sistema e as dificuldades produtivas da doutrina.

Enfim, conforme anunciado, a intenção não seria desqualificar quaisquer das proposições teóricas nem tampouco o valioso trabalho de seus respectivos autores, senão apenas traçar características e identificar algumas dificuldades das ideias de diálogo fora de um contexto hermenêutico (filosófico) e, com isso, distingui-los da proposta da tese. Assim, a partir de agora, como contraponto e proposição de uma nova racionalidade que possa superar a racionalidade formal-hierárquica que obscurece a melhor teorização e normatividade em direitos humanos, passar-se-á à apresentar o diálogo hermênutico, na linha de Hans-Georg Gadamer, como condição de possibilidade para novas experiências epistemológico-hermenêuticas para relação entre Constituição e Tratados Internacionais em direitos humanos.

4 O DIÁLOGO NA LINGUAGEM E A LINGUAGEM NO DIÁLOGO: EM BUSCA DE BASES CONTEUDÍSTICAS PARA O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO NO BRASIL

O diálogo (*gespräch*), ontologicamente, remete a outras condições constituintes e constituidoras. Remete a uma palavra (com)partilhada que emerge de uma relação entre falante ou intérprete e o outro⁴⁵⁹, em busca de um *logos* de entendimento, no qual as partes e o todo ao longo desse caminho se voltam um ao outro perguntando e respondendo. Na etimologia da expressão "Diálogo" observa-se a fusão das preposições gregas *diá* e *logos*: *diá* significa "por, através de, de um lado a outro de". E *logos*, "palavra ou discurso"⁴⁶⁰. Todavia, no horizonte ontológico-linguístico, o *logos* é linguagem, razão pela qual a palavra ou o discurso (apofântico) não deve se descuidar daquilo que não foi enunciado (hermenêutico), mas que desde sempre o condiciona. Assim, parece ser possível observar que a preposição *diá* orienta a dupla dimensão da dinâmica dialógica quando expressa que *através da e por meio da coisa mesma* (*logos* linguístico) é que se faz possível o acontecer enraizado do discurso com-partilhado.

No diálogo enquanto o modo mais objetivo de ser da hermenêutica filosófica de Gadamer, o intérprete é jogado no mundo (prático) através do outro para buscar na *coisa* a unidade de seu compartilhamento. Observe que nesse movimento há uma fusão (crítica) em busca de uma unidade de sentido, pois somente assim se poderá dizer que é possível acontecer um espaço comum de manifestação do pensamento dialógico.

⁴⁵⁹ "Esse 'outro' deve ser entendido como aquele que interpela o intérprete fazendo surgir nele o desejo de compreendê-lo (um texto, uma carta, uma obra e tudo mais que encerra uma unidade de sentido). [...] O Outro é uma unidade de sentido que guarda em si sua singularidade e também a alteridade da tradição que o marca; desse modo, um objeto histórico (a coisa, hermenêutica) não é simplesmente um objeto externo e fechado a um sujeito cognoscente, mas já é uma realidade aberta à compreensão". Cf. ALMEIDA, Custódio Luís S. de. *Hermenêutica e dialética: Hegel na perspectiva de Gadamer*. In: ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans Georg; ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 67-68.

⁴⁶⁰ Cf. Introdução Geral por Emilio Lledó Íñigo. In: **Platão**. Diálogos. Tomo I. Madrid: Biblioteca Clásica Gredos, 1985. p. 13.

Conforme Moratalla, não se trata de uma comunidade no sentido de comum-união de pessoas, mas do horizonte de sentido em que aquelas (pessoas) já sempre estão, porque lhes é dado pelo universo histórico-linguístico que compartilham⁴⁶¹. A verdade (hermenêutica) que emerge nesse paradigma é, portanto, produto do entrecruzamento da história, da cultura e da tradição que traz em sua gênese a ideia de compartilhamento (linguístico) em que, desde sempre, está mergulhado o intérprete, submetido a toda crítica da alteridade dialógica.

Por isso, o diálogo e a linguagem são considerados dados intercambiáveis⁴⁶², já que na medida em que o exercício do diálogo força a recuperação do mundo prático, implica o ressurgimento das experiências com a finalidade de possibilitar o projeto de novas experiências no discurso linguístico. Eis porque o diálogo é o lugar da experiência hermenêutica⁴⁶³.

Esse movimento do intercâmbio linguístico, sonogado pela lógica positivista, é o caminho (dialógico) para superar o modelo de conhecimento hierárquico-normativista dominante no imaginário jurídico brasileiro. Por consequência, o diálogo hermenêutico é o lugar próprio para o acontecimento de projetos de sentido para se corrigir e/ou reorientar os desvios epistêmicos (políticos e jurídicos) dos discursos (mono)lógicos, os quais obscurecem os objetivos fundamentais da Constituição, em particular, no que tange ao tratamento dispensado aos tratados internacionais de direitos humanos.

4.1 O DIÁLOGO HERMENÊUTICO EM GADAMER: O *LOCUS* DA EXPERIÊNCIA HERMENÊUTICA

A presença de uma matriz liberal e individualista enraizada desde o século XVI se constituiu um empecilho velado para o afloramento de um Direito de caráter mais publicístico, democrático, programático e dirigente como o

⁴⁶¹ MORATALLA, Agustin Domingo. **El arte de poder no tener razón: la hermenéutica dialógica** de H.G. Gadamer. Salamanca: Publicaciones Universidade Pontifica de Salamanca, 1991. p. 124.

⁴⁶² ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**. Col. Ideias, vol. 7. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005. p. 180.

⁴⁶³ *Ibid.*, p. 179.

Direito Constitucional, particularmente, em sua interface internacional, no mais das vezes, bloqueada por discursos ideológicos de soberania e centralidade estatal⁴⁶⁴ que atuam como paliativos ao dever para com os direitos humanos e o acontecer das Constituições democráticas.

O tema direitos humanos exige a máxima prudência histórica, especialmente em países como o Brasil, onde seu tratamento teórico e normativo tem dado indicativos de insuficiência teórica, aprisionado nas “compreensões” baseadas em preconceitos improdutivos ou modelos autoritários, os quais somente servem para a reprodução da desigualdade social. Nesse cenário, há muito espaço (hermenêutico) para recuperar os pressupostos elementares da compreensão a partir de um exercício fenomenológico, buscando ilidir aquilo que foi perdido nos discursos ônticos baseados na objetividade da regra, na subjetividade dos intérpretes ou mesmo nos desvios políticos que obscurecem a normatividade dos direitos humanos.

O diálogo hermenêutico atua como estrutura linguística que se compromete democraticamente (partilha) com a produção do conhecimento, jamais com a manutenção de uma ideologia hierárquica, de afirmação de espaços de poder e de elitização do debate acerca das conquistas sociais aos fluxos judiciais e para além da normatividade constitucional.

A ideia do diálogo em Gadamer está afirmada na dialógica de que é somente através do outro⁴⁶⁵ que entendemos nós mesmos, já que é através do outro que podemos encontrar uma autocrítica a nossa compreensão

⁴⁶⁴ Cf. BOLZAN DE MORAIS, J. L.; VIEIRA, Gustavo Oliveira. Estado e Constituição em tempos de abertura: a crise conceitual e a transição paradigmática num ambiente intercultural. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. Vol. 5, n. 2, julho-dezembro 2013. p. 133-140.

⁴⁶⁵ “Quando a hermenêutica filosófica defende a ineliminável tensão entre teoria e prática, entre validade e gênese, entre ser e dever ser, ela está apontando o *outro* como tarefa permanente, pois o *outro* é o que nos escapa, é o que nos interpela, é o que nos põe em movimento. O *outro* é o desconhecido, é o amanhã, é a marca de nossa finitude e, nesse sentido, a alteridade marca toda a existência e, portanto, é fundamento do Ser. Qualquer pretensão de eliminar a diferença implica a morte da ética, e matá-la significa acabar com a possibilidade de orientação na vida. Matar a ética é o mesmo que matar a historicidade e eliminar a finitude, portanto e em última instância, a morte da ética leva ao esquecimento do ser, o que significa, também, a morte da ontologia”. In: ALMEIDA, Custódio. Hermenêutica e dialética: substituição ou complementação? **Filosofia Unisinos**. V. 3, Nº 4. São Leopoldo: Unisinos, 2002. p. 162.

histórica⁴⁶⁶, uma espécie de instância crítica do processo interpretativo, garantia de coerência racional e ética que validam o elemento fundamental do ser humano, a razão (linguística). O homem enquanto ser hermenêutico (finito e histórico) e que determina sua experiência de mundo através da linguagem⁴⁶⁷, só o é na linguagem, ou seja, a linguagem é constitutiva do homem e da sociedade, pois é nela que o mundo nos aparece e se dá enquanto mundo⁴⁶⁸.

A grande virtude do diálogo hermenêutico na forma em que defendido vem de sua indissociabilidade com a tradição⁴⁶⁹, não como uma verdade absoluta, mas, como elemento estruturalmente aberto à permanente possibilidade de enriquecimento, confirmação ou modificação, da qual não se pode afastar aleatoriamente, sob a pena da perda da nossa própria identidade⁴⁷⁰ e, no caso do Direito, do seu DNA (*sic*), que garantem a coerência e integridade de sua história institucional⁴⁷¹.

Há, portanto, nessa estrutura dialógica um horizonte que nos orienta e nos compromete evolutivamente, na medida em que interroga e/ou deixa interrogar-se pelas práticas cotidianas do ser humano. Logo, a produção dos discursos - no Direito – nunca está à deriva, não está à disposição da subjetividade assujeitadora e do relativismo dos intérpretes, senão condicionado pela história que lhe dá consistência.

Com base nisso, se extrai as duas grandes marcas influenciadoras do pensamento (dialógico) de Gadamer, as dialéticas de Platão e de Hegel.

⁴⁶⁶ GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. Pierre Fruchon (Org.). Tradução Paulo César Duque Estrada. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003. p. 12-13.

⁴⁶⁷ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006. p. 226.

⁴⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: [...]. p. 223.

⁴⁶⁹ A totalidade aberta da tradição constitui-se de três elementos principiologicos segundo Moratalla: o primeiro, um princípio formal-inmanente do pensar a vinculatividade como acontecer produtivo, o qual desempenharia a função sintático-estrutural ligada estreitamente as regras sintáticas da linguagem ordinária; por segundo, o princípio histórico-transcendente de pensar a substantividade intersubjetiva e historicante, com função histórico-semântica que nos remete constantemente a comunidade vital de argumentação; e por fim, um princípio substancial-inmanente de pensar a pretensão de verdade que reivindica um conceito filosófico de autoridade, com a função histórico-institucional de ser uma pretensão com vontade de permanência. Nisso o intérprete enquanto atualizador da tradição seria seu herdeiro. Cf. MORATALLA, Agustín Domingo. **El arte de poder no tener razón**: la hermenéutica dialógica de H.G. Gadamer. Salamanca: Publicaciones Universidade Pontificia de Salamanca, 1991. p. 197.

⁴⁷⁰ Cf. GADAMER, op. cit., p. 13.

⁴⁷¹ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. *passim*.

Platão⁴⁷² se torna referência porque entendeu que a tarefa máxima da filosofia (postura filosófica) é dar razões ao mundo e à vida, de maneira que não há articulação de sentido sem dialética, a articulação nunca é dada previamente, não há como se emancipar de sua tarefa prático-linguística⁴⁷³. É através do diálogo que acessamos as ideias do mesmo e do *outro*, de movimento e do repouso, sem nunca matar a pergunta original, a pergunta ontológica que define a condição existencial humana, o modo-de-ser-permanente-perguntante⁴⁷⁴⁴⁷⁵.

Por sua vez, Hegel, pois foi quem deu caráter universal e científico para a dialética e por ter reconhecido a historicidade como princípio filosófico quando partiu da experiência ao conceito, da experiência às suas condições de possibilidade. Para Gadamer, a *Fenomenologia do Espírito* realiza essa tarefa de forma exemplar: parte da experiência em busca de seus pressupostos mais universais e é esse procedimento que legitima racionalmente uma experiência. No entanto, quando Hegel pretendeu ter superado a experiência inicial, olvidou a história continuamente influente. Qualquer experiência, já pressupõe uma pergunta (*frage*) que lhe dá origem, faz parte da condição existencial. Ao não

⁴⁷² “O diálogo, embora não como gênero, foi o instrumento fundamental e natural da literatura grega entre os séculos VI e V (a.C), em razão do alcance popular das peças de Ésquilo, Sófocles, Eurípedes e Aristófanes. O primeiro grande mestre grego do diálogo se pode dizer que foi Platão que escreveu 42 diálogos entre fins do séc. IV (a.C). Dentre esses diálogos, a Apologia de Sócrates, que o mundo conheceu o pensamento de Sócrates, mestre de Platão. Denominam-se diálogos porque neles Platão não manifesta seus ensinamentos de forma direta, mas através do artifício de contar uma história onde participam diversas pessoas. Sócrates, por sua vez, costumava conversar com as pessoas que diziam que tinham algum tipo de conhecimento para ensinar e então começava a lhes perguntar, sobretudo, fazia isso com os filósofos sofistas que visitavam seguidamente Atenas em busca de alunos e que não demoravam muito a denunciar suas dificuldades em suportar a análise de alguém que buscava sinceramente as verdades últimas a respeito do homem e da vida humana”. Cf. ÍÑIGO, Emilio Lledó. Introdução Geral. In: **Platão**. Diálogos. Tomo I. Madrid: Biblioteca Clásica Gredos, 1985.

⁴⁷³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 12. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2012. p. 527 *et seq.*

⁴⁷⁴ ALMEIDA, Custódio. Hermenêutica e dialética: substituição ou complementação? **Filosofia Unisinos**. V. 3, Nº 4. São Leopoldo: Unisinos, 2002. p. 160.

⁴⁷⁵ “Também se deve assinalar a influência da maiêutica socrática, do parto intelectual (Sócrates comparava a dinâmica do diálogo a atividade de sua mãe, parteira), que busca a verdade a partir de um movimento interior, ou diálogo interior do intérprete que é capaz de expressar o não dito (vir-a-luz) no horizonte da linguagem, do diálogo que somos. As palavras não esgotam aquilo que temos no espírito, para além da conversa, a qual nenhum enunciado é capaz de dar conta ou reproduzir plenamente, mas que não se descuida nunca do que foi enunciado. Nesses termos é que reside a crítica hermenêutica da lógica locucional ou do enunciado baseada no enraizamento (ontológico) da linguagem”. Cf. Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos (Col. Focus): 1999. p. 199.

perceber que a razão mesma é histórica e não simplesmente está provisoriamente na história, Hegel pensou ser possível a razão absoluta, superando-se a experiência inicial⁴⁷⁶.

Para Gadamer, o procedimento transcendental de fundamentação de Hegel é um erro por não ter feito justiça à historicidade da compreensão e à consciência da finitude. Por isso, para a hermenêutica não há ponto final, uma vez que o movimento circular da compreensão está em constante movimento pela possibilidade do novo (contingência) enquanto na dialética o movimento acaba na eliminação da origem e matando o pensamento. Hermenêutica e dialética se completam como modo de fazer filosofia e se diferenciam nas concepções de ontologia: na primeira o Ser é sentido, é linguagem e na segunda, o Ser é um ente absoluto, é ato puro⁴⁷⁷.

Assim, Hegel radicalizou o saber moderno quando concebeu o saber absoluto como resultado do processo de purificação, porém, não superou a subjetividade, apenas modificou seu fundamento, transferindo o *logos* para a história, enquanto que para os gregos estava na natureza. Por isso a dialética platônica que Hegel considerou paradigma de seu pensar, é transformada pela mediação com a filosofia da subjetividade⁴⁷⁸.

⁴⁷⁶ In: ALMEIDA, Custódio. *Hermenêutica e dialética: substituição ou complementação? Filosofia Unisinos*. V. 3, Nº 4. São Leopoldo: Unisinos, 2002. p. 167.

⁴⁷⁷ “A distinção fundamental entre hermenêutica filosófica e dialética hegeliana está nas concepções de ontologia e que marcam a diferença de seus conceitos de experiência. Hegel pensa a filosofia como superação da experiência inicial na auto-reflexão do pensamento sobre si mesmo. Para Hegel há uma dicotomia entre a experiência e o pensamento, entre a práxis (o mundo de sentido) e a razão pura. O fundamento disso está na concepção de ontologia, entendida como teoria da totalidade do ser, a partir de um princípio incondicional, o que define a razão como trans-histórica e atemporal. De outro lado, a crítica da hermenêutica à dialética hegeliana tem seu ponto de partida na historicidade da compreensão; para a hermenêutica não há separação completa entre o pensamento e a experiência porque ambos são marcados pela história continuamente influente, isso quer dizer que a razão mesma é histórica. Para a hermenêutica, uma verdadeira experiência sempre abre espaço para novas experiências e, por isso, não pode ser superada. Daí porque, para a hermenêutica, não pode haver um saber absoluto. Quando Hegel pretendeu tornar a filosofia Ciência, ele pensou ser possível o conhecimento absoluto do Ser, mas isso só se realizaria porque a ontologia hegeliana pensava o ser como uma totalidade acabada; a razão, para a dialética da Hegel, é absoluta. Para a hermenêutica filosófica, a razão é histórica”. *Ibid.*, p. 168-169.

⁴⁷⁸ “Hegel denomina o “lógico” o universo das ideias trabalhado por Platão, e seu objetivo fundamental na lógica é mostrar a validade de cada ideia no contexto de um desenvolvimento sistemático de todas as ideias. Para isso, Hegel tem de abandonar o nível vivo de um diálogo no estilo de Sócrates para situar-se no nível da “sequência metódica da ciência” fundamentada na concepção cartesiana de método, que está na base do tipo de conhecimento que se desenvolveu cientificamente nas ciências modernas e filosoficamente

Gadamer reconhece as influências, mas adverte que a dialética tanto de Platão como de Hegel, colocam a linguagem submetida ao enunciado, fazendo com que ambas, ao permanecerem na dimensão do que é enunciado, não alcancem a dimensão da experiência de mundo feito na linguagem⁴⁷⁹. Por outro lado, para Gadamer a constituição de sentidos não pode ser produto de uma subjetividade (transcendental) e absoluta, uma vez que não há como se alcançar uma transparência plena em razão da condição e limitação histórica do sujeito⁴⁸⁰. Logo, a dialética, precisa ser ontologizada hermeneuticamente, ao fim de reconhecer que o sujeito é forjado e condicionado historicamente, para além daquilo que se enuncia explicitamente.

Também, por isso, não se olvidam os pressupostos fundamentais inaugurados por Heidegger, os quais dão consistência ao projeto de Gadamer, como é o caso da estrutura ontológica da compreensão onde se dá o horizonte de sentido (fenomenologia do *Dasein*) e da linguagem como condição de possibilidade de qualquer conhecimento (superação do esquema sujeito-objeto). Isso porque foi Heidegger quem legou que a compreensão é um existencial e que, portanto, faz parte do modo de ser-no-mundo, da estrutura do *Dasein* (homem), de forma que o sentido faz parte da constituição do ser

na filosofia transcendental a partir do princípio da autoconsciência. [...] Para Hegel, o desenvolvimento sistemático dos conceitos puros constitui o cerne do sistema da ciência enquanto totalidade de saber e, por meio dessa sistematização que Hegel transforma a lógica da tradição numa verdadeira ciência com a pretensão de sistematizar a estrutura do verdadeiro método da filosofia: o método dialético. [...] Portanto, o automovimento do conceito, se radica na mediação absoluta entre consciência e objeto, pois o saber puro, como o saber do sabido, é ao mesmo tempo saber do saber, o que significa a “superação” dialética da filosofia transcendental: a lei do movimento dessa dialética tem seu fundamento na verdade da nova filosofia, na verdade da autoconsciência”. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006. p. 37.

⁴⁷⁹ Para Gadamer, “[...] Hegel também se guia pelo espírito especulativo da linguagem, mas segundo sua autocompreensão, pretendendo extrair da linguagem o jogo reflexivo de sua determinação de pensamento para, a partir da mediação dialética elevar este até a autoconsciência do conceito, dentro da totalidade do saber conhecido. O automovimento do conceito que Hegel pretende seguir em sua lógica reside na absoluta mediação da consciência e seu objeto conforme expressamente tratou em sua *Fenomenologia do Espírito*. Esta prepara o elemento do saber puro, que de modo algum é um saber da totalidade do mundo. Pois não é o mero saber dos entes, mas que, com o saber do sabido, é sempre ao mesmo tempo saber do saber. Só porque o objeto sabido não pode ser jamais separado do sujeito que sabe – o qual quer dizer que quando está na verdade, é na autoconsciência do saber absoluto -, há um automovimento de conceito”. In: GADAMER, Hans-Georg. **La dialéctica de Hegel**. Cinco ensayos hermenêuticos. 8. ed. Madrid: Catedra, 2011. p. 19.

⁴⁸⁰ Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 12. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2012. p. 604 *et seq.*

humano e não dos entes, daquilo que pode ser articulado na compreensão. Por consequência, a explicação do compreender somente se dá na linguagem – constituinte e constituidora do saber -, pois é a linguagem que nos dá acesso ao mundo, a linguagem é, enfim, a condição de possibilidade de estar nele.

Logicamente, a complexidade da filosofia hermenêutica heideggeriana não recomendaria uma sumarização em poucas linhas, porém a intenção foi apenas justificar suas implicações na hermenêutica filosófica de Gadamer, principal norte teórico-hermenêutico. No entanto, valoriza-se aqui de forma remissiva aos diversos e profundos trabalhos desenvolvidos por Stein⁴⁸¹ no âmbito da filosofia e por Streck⁴⁸² no âmbito do Direito, quanto à inexorável imbricação teórica daqueles dois filósofos.

Voltando a Gadamer, identificar-se-á que a experiência da existência humana⁴⁸³ adquirirá na sua hermenêutica um papel fundamental, pois será ela quem atuará como interlocutor do homem na sua cotidianidade e das coisas no mundo via linguagem. Em outras palavras, isso denunciará que aquele que não tem linguagem, não tem compreensão e, por consequência, sem linguagem não há debate, não há entendimento e, tampouco, produção de sentido. Não há, em última *ratio*, diálogo. Sem a linguagem dialógico-hermenêutica, estaria-se à deriva do conhecimento.

Assim, a compreensão se dá a partir da interpretação dos fenômenos experimentados da vida, isto é, daquilo que linguisticamente se apreende. A vida, portanto, passa ser o elemento fundamental que dá o sentido àquilo que se carrega como experiência, de modo que o sujeito neste processo passa a

⁴⁸¹ Cf. STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996; STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude**: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí: UNIJUÍ, 2001; STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002; STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre 'ser e tempo'**. Petrópolis: Vozes, 1988.

⁴⁸² Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011; STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁴⁸³ “Experiência é, portanto, experiência da finitude humana. É experimentado, no autêntico sentido da palavra, aquele que é consciente desta limitação, aquele que sabe que não é senhor do tempo e do futuro. O homem experimentado, propriamente, conhece os limites de toda previsão e a insegurança de todo plano. Nele consuma-se o valor de verdade da experiência”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 12. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2012. p. 466-467.

ser um participante implicado no mundo e não o dono dos acontecimentos e dos sentidos. Nessa dinâmica, a linguagem é estruturante porque possibilita um mundo repleto de significados, de modo que a compreensão desse mundo - a produção de sentidos - se realiza no processo de diálogo acerca do que se conversa ou do que está no texto, pois é através desta interlocução que os sentidos são produzidos.

A sofisticação do diálogo em Gadamer irá exigir que em um encontro com o outro a pré-compreensão que determina e modela os preconceitos seja colocada em suspenso, permitindo uma abertura para novas expectativas de sentido através do outro, em uma espécie de desafio crítico de nossa experiência. É assim porque toda a verdadeira experiência (dialógica) é um confronto, onde se opõe o novo ao antigo sob a incerteza de se o novo prevalecerá ao fim de tornar-se experiência, ou se o antigo reconquistará finalmente sua consistência⁴⁸⁴.

A disposição de se deixar levar abertamente pela possibilidade de não ter compreendido completamente, desde a primeira experiência sobre aquilo de que se trata a conversa ou o texto, é que mobiliza a essência dialógica. Há uma nítida prudência suspensiva de nosso pretense conhecimento à possibilidade do desconhecido ou ignorado a se revelar na interlocução, pois assim é que se dá a possibilidade do acontecer da verdade no diálogo e não por uma imposição ou adesão consensual de uma parte à outra.

Por isso é que Gadamer afirma que estar-em-conversaõ significa estar-além-de-si-mesmo, pensar com o outro e voltar sobre si mesmo como outro⁴⁸⁵, pois o diálogo é mais que uma metodologia para o conhecimento, senão um *modo-de-ser* e que se vive toda vez que ele realmente se instaura.

Quien escucha al otro, escucha siempre a alguien que tiene su propio horizonte [...]. Y esto significa respetar, atender y cuidar al otro y darnos mutuamente nuevos oídos [...] para desarrollar la posibilidad de transmitir al otro lo que uno piensa de verdad y obtener de él la respuesta, la réplica de su modo de pensar [acogiendo] lo que el otro efectivamente quiere decir, y de buscar y encontrar el suelo común más allá de su respuesta [...]

⁴⁸⁴ GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. Pierre Fruchon (Org.). Tradução Paulo César Duque Estrada. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003. p. 14.

⁴⁸⁵ Id. **Verdade e método II: complementos e índice**. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2011. p. 428.

con el intercambio vivo de ideas [...] en síntesis, estar presente en el diálogo⁴⁸⁶.

O diálogo é, portanto, uma experiência de fusão de horizontes que se apresenta como reflexão ontológico-hermenêutica, uma vez que a interpelação interrogativa sobre algo o põe a descoberto, denunciando a limitação de nossa experiência de mundo. Trata-se de uma dinâmica comprometida com a alteridade que atravessa o fenômeno da compreensão crítica ou da fusão dialógica, de onde a verdade emerge como revelação de um acontecimento mundano daquele(s) que se dispõe(m) a experiência de colocar à prova seu horizonte ao encontro da (nova) experiência do texto ou do interlocutor.

Não será exagero assim dizer que o diálogo, por ser um modo-de-ser constante, é quem dá sentido à vida, uma vez que a circularidade da compreensão se movimenta (inicia) toda a vez que se é interpelado por aquilo que é estranho à experiência e que, por consequência, mobiliza ir ao encontro de novas possibilidades de ser na linguagem. Isso revela a permanente necessidade existencial de estar (des)coabrindo novas expectativas de sentido para ampliar o horizonte hermenêutico.

No entanto esse horizonte hermenêutico linguístico é comunitário de entendimento e não um produto da subjetividade. Eis porque o diálogo em Gadamer não renuncia à pertença a tradição que compõe a nossa facticidade e que nos vincula enquanto experiência de mundo, fazendo com que a consciência seja sempre determinada pela história, uma vez que não há um dono do sentido⁴⁸⁷.

Na mesma medida em que a tradição condiciona, também é responsável por instruir as possibilidades de compreensão na constituição de sentidos. “La participación em una tradición es la que convierte el comprender em acontecer; limitando, de esta forma, que la comprensión sea una actividad exclusiva de la subjetividad”⁴⁸⁸. A tradição, portanto, não é algo objetificável.

⁴⁸⁶ GADAMER, Hans-Georg; KOSELLECK, Reinhart. **Historia y hermenéutica**. Barcelona, Paidós, 1997. p. 121 *et seq.*

⁴⁸⁷ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006. p. 227.

⁴⁸⁸ A participação numa tradição é a que converte o compreender em acontecer, limitando, desta forma, que a compreensão seja uma atividade exclusiva da subjetividade (tradução nossa). MORATALLA, Agustin Domingo. **El arte de poder no tener razón: la hermenéutica**

Como refere Gadamer, o pensamento verdadeiramente histórico deve incluir sua própria historicidade em seu pensar, essa unidade é que o filósofo vai chamar de história efetual⁴⁸⁹, na qual reciprocamente se encontram o objetivo e o subjetivo envolvidos pela tradição.

Assim o diálogo enquanto *logos* da reflexão posiciona a verdade como um acontecer histórico (não dedutivo) resultado da mediação da experiência linguística, diferentemente de uma verdade metódico-artificial-epistemológica. É um acontecer fenomenológico, e como tal, ametódico, não-manipulável ou não assujeitável, como uma revelação de que se pertence à história e não ela que nos pertence. Daí porque a verdade é sempre produto de um acontecer (dialógico) estruturado e comprometido com a alteridade (crítica), iniciado pela disponibilidade do intérprete em revisar o horizonte hermenêutico de sua experiência, colocando em suspenso seus preconceitos.

É importante esse aporte, pois o que está em mira são os discursos dominantes que colocam a linguagem à disposição do sujeito, em que a verdade fabricada, ao dispensar a dimensão hermenêutica da existência, nascerá assujeitada ou como produto de um grau zero de sentido. Enfim, está em crítica uma verdade não-partilhada que tem seu *logos* no sujeito solipsista da modernidade e não no entendimento linguístico comunitário e originário. Esse é o principal problema da teoria do conhecimento e, como tal, do modo de produção do Direito no Brasil, reféns de um discurso (não-hermenêutico) dependente da subjetividade do sujeito (intérprete) que (re)produz sentidos descolados de qualquer compromisso com a história institucional do Direito.

No Direito, como ciência interpretativa, essa deficiência parece mais problemática, pois paralisa a verdade dentro de um modelo dedutivo de conhecimento das hermenêuticas clássicas e/ou especiais, fazendo com que a probabilidade de acerto interpretativo somente se dê mediante consenso-lógico ou por imposição. Aliás, isso se dá dessa forma justamente porque para as referidas metodologias “tradicionais” de interpretação operam sob a lógica da

dialógica de H.G. Gadamer. Salamanca: Publicaciones Universidade Pontifica de Salamanca, 1991. p. 120.

⁴⁸⁹ Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 12. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2012. p. 396 *et seq.*

relação sujeito-objeto, a linguagem é meramente instrumental-descritiva, na qual o conhecimento sempre vem antes do compreender⁴⁹⁰.

Aliás, trata-se de um efeito colateral que também em larga medida pode ser tributado ao positivismo-normativista kelseniano, pois a separação entre Direito e Ciência colocará o processo interpretativo sob a fatalidade da discricionariedade interpretativa. Esse fatiamento do processo interpretativo em ato de conhecimento e ato de vontade⁴⁹¹, aprisionado no esquema sujeito-objeto, foi superado no modo-de-ser da hermenêutica (filosófica), uma vez que interpretar não é ato posterior e complementar à compreensão. Antes, o compreender é sempre interpretar e, por conseguinte, a interpretação é forma explícita de compreensão⁴⁹².

A razão (linguística) do positivismo é instrumental, dependente da pretensa plenipotenciabilidade do sujeito (aplicador), por não ser produto de uma circularidade produtiva (e democrática) da compreensão, irá encontrar apenas nos argumentos de autoridade, nas teses da última palavra ou dos consensos pragmaticistas uma zona de conforto (legitimidade) derivada da imposição hierárquico-normativista.

É importante reforçar que o giro ontológico-linguístico veio romper com a ideia de fundamento último defendido pelas teorias positivistas, colocando a linguagem como condição de possibilidade do próprio filosofar. O conhecimento sempre é precedido da compreensão antecipadora, deixando a linguagem de ser um instrumento ou terceira coisa, para ser onde o mundo se desvela. Ou seja, quando o próprio conhecimento é transferido para a linguagem, é nela que se dá o sentido (e não na consciência do sujeito-intérprete)⁴⁹³.

O compreender, neste contexto, passa a ser um existencial daquele que interpreta, em uma espécie de autocompreensão e realização da vida social, na

⁴⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 223.

⁴⁹¹ Cf. Gadamer sobre a questão das três *subtilitas (intelligendi, explicandi e applicandi)*. In: **Verdade e método I:** traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 12. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2012. p. 406.

⁴⁹² *Ibid.*, *loc cit.*

⁴⁹³ STRECK, *op. cit.*, p. 221 *et seq.*

qual nenhuma experiência escapa à comunidade de diálogo⁴⁹⁴, de maneira que não há metodologia que dê conta da obtenção de uma totalidade interpretativa, pois sempre escapa algo, é inevitável⁴⁹⁵, é da faticidade humana⁴⁹⁶. Não há experiência hermenêutica que não seja produto de uma mediação de horizontes constitutiva do diálogo.

Esse espaço, onde se consignam a finitude e a historicidade, é onde vai florescer o diálogo de Gadamer como algo que faz parte da práxis dos seres humanos, *medium* universal da razão (e da desrazão) prática⁴⁹⁷. O diálogo emerge, portanto, como condição para a compreensão e para sua experiência de mundo, sem que isso represente para Gadamer uma técnica ou mesmo uma tentativa de cientificação da práxis social⁴⁹⁸. A preocupação da hermenêutica Gadameriana não é a produção de uma técnica que objetive a produção de um conhecimento que responda às exigências metodológicas das ciências modernas, positivistas, por exemplo, mas, uma hermenêutica que se dá no nível da compreensão a partir da experiência de mundo⁴⁹⁹ e que estrutura as possibilidades de sentido.

Logo, a compreensão está diretamente relacionada com as experiências do homem e ao recurso do diálogo com a tradição como saber existente (e resistente), no qual a historicidade do homem é quem mediará o encontro entre a racionalidade e a linguagem. Dessa forma, a atribuição de sentido (*sinngebung*) de um texto irá sempre questionar qual o significado da tradição histórica para o intérprete frente à realidade do cotidiano. O horizonte que o intérprete se encontra é aquele em que o passado é sempre relido à luz do presente, o lugar do nascimento de novas experiências na interpelação com

⁴⁹⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2011. p. 159 e 297.

⁴⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 236.

⁴⁹⁶ Segundo Streck, “[...] a facticidade é elemento nuclear da hermenêutica de Heidegger, a qual remete a historicidade de nosso ser, dimensão ontológica da compreensão do ser humano. Heidegger, de maneira inovadora, crava a reflexão filosófica na concretude, no plano prático e precário da existência humana”. Ibid., p. 239.

⁴⁹⁷ GADAMER, op. cit., p. 297.

⁴⁹⁸ Ibid., p.142.

⁴⁹⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 12. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2012. p. 29 *et seq.*

outras experiências do passado que a tradição veicula como realidade sonora⁵⁰⁰.

Por isso, esse processo produtivo não se enquadra na cientificação metodológica das verdades absolutas e monolíticas de sentidos reproduzidos (*auslegung*) pelo sujeito, mas sim em um processo dialógico (prático) que preserva a historicidade dos acontecimentos linguísticos para favorecer novas e sustentáveis possibilidades de sentido a partir da *coisa mesma* (*sache selbst*). De forma simples, a *coisa* é sempre a *coisa* polêmica, o objeto do diálogo, mas que somente se revela, levando o Ser a mostrar-se, quando ultrapassamos nossos preconceitos inconscientes⁵⁰¹.

A questionabilidade da *coisa* instaura (causa) o diálogo que buscará descobrir o que está velado na experiência, como uma espécie de suspensão (hermenêutica) em busca de novas possibilidades de sentido, mas que não se descuida da historicidade do ser (da *coisa*), apenas o recoloca em jogo no presente e o projeta para futuro. Na realidade, é isso que acontece (involuntariamente), por exemplo, na infância quando se está disposto a aprender sem preconceitos, mas ao longo do tempo essa disposição vai se perdendo na medida em que, paradoxalmente, se alarga a experiência. Acontece que o sujeito objetifica sua experiência e sufoca as expectativas de sentido, sem permitir que sobre o Ser se garanta sempre a expectativa de um novo diálogo.

Assim, sem resgatar a circularidade constante com que opera o diálogo, surge a grande dificuldade das metodologias de cunho lógico-formal ou generalizante, pois ao desprestigiarem o caráter histórico da compreensão e a factualidade do presente, as suas “histórias” se revelam sempre falhadas, recortadas, assujeitadas no nível epistemológico. Ao se renderem ao casuísmo do presente, não há, no mais das vezes, um efetivo compromisso com aquilo que se herdou da tradição e com a identidade institucional do Direito.

⁵⁰⁰ MORATALLA, Agustin Domingo. **El arte de poder no tener razón: la hermenéutica dialógica** de H.G. Gadamer. Salamanca: Publicaciones Universidade Pontifica de Salamanca, 1991. p. 198.

⁵⁰¹ GRONDIN, Jean; GADAMER, Hans-Georg. Retrospectiva Dialógica à obra reunida e sua história de efetuação (entrevista de Jean Grondin com H. -G. Gadamer). In: ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans Georg; ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 209.

Por isso, Gadamer, em seus escritos sobre Homem e Linguagem, com base em Aristóteles, afirmou que só o homem possui *logos*, porém mais do que razão ou pensar na tradução ocidental, *logos*, sobretudo, significa *linguagem*. Então, se o homem pode pensar, falar, comunicar-se em todos os sentidos, isso serve apenas para resumir que o homem é um ser vivo dotado de linguagem⁵⁰², mas que sua falta de entendimento acerca dela implica na incapacidade para o diálogo. A linguagem é condição do diálogo e o diálogo é a condição existencial, de forma que a linguagem sem interlocutor de nada serve, não há crescimento, uma vez que o viver é plural⁵⁰³.

Assim, na medida em que a linguagem permite a experiência de mundo, toda vez que se busca compreender o mundo, as coisas ou a si mesmo, se estabelece uma relação dialógica que precisa ser interpretada ou mediada (fundida) entre a história e a condição histórica do intérprete. Gradativamente, a constância desse processo (circular hermenêutico) é que vai se consolidando os contínuos reconhecimentos e sedimentando a experiência.

A recuperação dessa unidade da experiência perdida no Direito encontra no diálogo hermenêutico uma dinâmica capaz de romper com a concepção formalista e dedutivista de conhecimento, recuperando a dimensão histórica do compreender. A identidade do Direito e a sua verdadeira ruptura paradigmática somente se revelará como possível quando a consciência indispensável da mediação interpretativa, que interliga numa síntese o mundo prático ao explicitativo, validar sustentabilidade da *coisa* para uma nova abertura dialógica.

A tarefa agora será caracterizar o modo-de-ser dialógico, pois embora Rohden advirta que o diálogo hermenêutico não é objetificável⁵⁰⁴, Gadamer em diversas oportunidades tratou de delinear sua estrutura orgânica e sua importância enquanto *arte de conversação* para a constituição de sentidos⁵⁰⁵.

⁵⁰² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2011. p. 173 *et seq.*

⁵⁰³ ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**: uma configuração entre a amizade aristotélica e dialética dialógica. Síntese, Belo Horizonte, v. 31, nº 100, 2004. p. 193.

⁵⁰⁴ Id. **Hermenêutica Filosófica**. Col. Ideias, vol. 7. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005. p. 193.

⁵⁰⁵ Cf. GADAMER, Hans-Georg. In: **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 12. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2012. p. 473

4.2 A PERGUNTA (DIALÓGICA) COMO HORIZONTE DA RESPOSTA: O ROMPIMENTO DA CAMADA DA OBVIEDADE DO DITO E AS POSSIBILIDADES DE SENTIDO

Se poderia começar aqui apontando a natureza das incapacidades epistemológicas para o diálogo: a subjetiva, incapacidade de ouvir e a objetiva, inexistência de uma linguagem comum entre os participantes⁵⁰⁶. Também é possível somar a essas incapacidades a alienação social e política, o dogmatismo e o ceticismo⁵⁰⁷, os quais determinam a impossibilidade de participar no diálogo, a indiferença acerca do que se dialoga, o bloqueio da produtividade interpretativa e o fatalismo da conformidade.

Gadamer escreveu sobre a ‘incapacidade para o diálogo em um texto em 1972, colocando inicialmente ao tema questões como:

A arte do diálogo está desaparecendo? Na vida social de nossa época não estamos assistindo a uma monologização crescente do comportamento humano? Será um fenômeno típico de nossa civilização que acompanha o modo de pensar técnico-científico? Ou será que experiências específicas de autoalienação e de isolamento presentes no mundo moderno é que fazem os mais jovens se calar? Ou será ainda que o que se tem chamado de incapacidade para o diálogo não é propriamente a decisão de recusar a vontade de entendimento e uma mordaz rebelião contra o pseudoentendimento dominante na vida pública?⁵⁰⁸

Não obstante os diversos apontamentos realizados por Gadamer no mencionado texto o caráter fenomenológico do diálogo pode ser visto naquilo que o filósofo chama de “força transformadora” que atua em nós, não no sentido de se ter experimentado algo de novo, mas de se ter encontrado no outro algo que ainda não se havia encontrado na própria experiência de mundo⁵⁰⁹.

et seq. e **Verdade e método II**: complementos e índice. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2011. p. 242 *et seq.*

⁵⁰⁶ Cf. ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica Filosófica**. Col. Ideias, vol. 7. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005. p. 188-189.

⁵⁰⁷ Cf. *Ibid.*, *loc. cit.*

⁵⁰⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2011. p. 243.

⁵⁰⁹ *Ibid.*, p. 247.

Assim, livre das circunstâncias incapacitantes e monológicas, está pronto para se desencadear o diálogo em busca de uma linguagem que seja comum através do estímulo do outro, o que se dá como possível para Gadamer na dinâmica da pergunta e da resposta⁵¹⁰ (*frage und antwort dynamik*), enquanto matriz “lógica” de sua concepção de verdade historicamente condicionada⁵¹¹. A estrutura dialógica, portanto, antecede à lógica locucional da filosofia ocidental, isto é, aquela que se dá no *logos* aponfântico, ao nível explicitativo e que abstrai o não dito⁵¹².

A complexidade da máxima gadameriana “ser que pode ser compreendido é linguagem”⁵¹³, constitui a chave do enigma que relaciona linguagem e conversação em sua estrutura dialógica. Isso porque a dificuldade da *lógica locucional* é a abstração, ou sua pressuposição de autossuficiência de sentido desvinculada de um contexto motivacional ou estruturante capaz de lhe dar o real sentido⁵¹⁴, talvez esse seja o grande criptograma metodológico-positivista que precisa ser desvelado. A promessa de isolamento metodológico ou de acesso privilegiado ao significado dos enunciados e das falas, não produzem sentido fora de um contexto linguístico intersubjetivo-hermenêutico.

O movimento compreensivo-dialético não sonegará a implicação do intérprete e do *outro* na *coisa* enraizada da qual se trata e sob a qual se articula o discurso. Quando ambos se refletem na *coisa*, logo, para além da “lógica locucional”, permitindo-se sair de si e deixando-se a possibilidade do

⁵¹⁰ “A lógica da pergunta e da resposta enquanto componente da tessitura de um texto na hermenêutica de Gadamer foi inspirada em Platão, embora, tenha referido que o único testemunho contemporâneo que tenha se apoiado foi em R.G. Collingwood. Todavia, afirma Gadamer que a lógica da pergunta e da resposta desenvolvida como crítica a escola realista de Oxford, não estava completamente desenvolvida do ponto de vista sistemático. Aprimorando a dinâmica, em Gadamer, a lógica ganhará uma relação constitutiva que não pode ser determinada arbitrariamente pelo sujeito nem pela realidade externa a ele”. Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 12. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2012. p. 482 *et seq.*; ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica Filosófica**. Col. Ideias, vol. 7. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005. p. 209.

⁵¹¹ MORATALLA, Agustín Domingo. **El arte de poder no tener razón: la hermenéutica dialógica** de H.G. Gadamer. Salamanca: Publicaciones Universidade Pontifica de Salamanca, 1991. p. 189.

⁵¹² GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos (Col. Focus): 1999. p. 196-197.

⁵¹³ GADAMER, op. cit., p. 612.

⁵¹⁴ GRONDIN, op. cit., p. 197.

outro ter razão, é que se tem por instaurado o diálogo, por isso “el arte de poder no tener razón”, parafraseando com o título da obra de Moratalla⁵¹⁵.

Nesse movimento típico o ir e vir da palavra, que se dá na dinâmica da pergunta e da resposta, aquele que pergunta é também perguntado aprofundando-se ao fim de tomar parte na *coisa*. O tomar parte na *coisa* tem um compromisso de protegê-la em sua gênese historicamente determinada e projetá-la em sua continuidade para um próximo encontro dialógico, garantindo, assim, sua normatividade do ponto de vista filosófico (não-instrumental).

4.2.1 O encontro com a *coisa mesma (sache selbst)* como objetivo da pergunta dialógica

O encontro com a *coisa mesma* é o encontro com a unidade de sentido que pode ser compreendida, livre da parcialidade, do arbítrio e da objetividade científica, que pode opor resistência a partir de sua própria natureza, de seu próprio ser, que se faz valer e que precisa ser respeitado⁵¹⁶.

Segundo Almeida, o olhar para a *coisa mesma*, tem a ver com o início da caminhada fenomenológica, isto é, fazer justiça à historicidade da compreensão. Para o autor, o primeiro desdobramento da tarefa hermenêutica consiste na elaboração de um projeto adequado à *coisa* que se quer compreender, uma espécie de abertura ao desconhecido, mas prefigurada pelos juízos prévios (situação hermenêutica específica) que se tem sobre ela, juízos que precisam ser esclarecidos e convalidados no diálogo, através de mediações e testes⁵¹⁷.

Esse espaço comum é onde se compartilham os sentidos e onde se permite interpelar e interrogar, pois dialogicamente ninguém pergunta sobre

⁵¹⁵ In: **El arte de poder no tener razón: la hermenéutica dialógica** de H.G. Gadamer. Salamanca: Publicaciones Universidade Pontífica de Salamanca, 1991. p. 310.

⁵¹⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II: complementos e índice**. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2011. p. 83-84.

⁵¹⁷ ALMEIDA, Custório Luís S. de. **Hermenêutica e dialética: Hegel na perspectiva de Gadamer**. In: ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans Georg; ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 62.

aquilo que já não disponha previamente em sua experiência⁵¹⁸. Por isso se diz que não há acesso direto às coisas, mas através da linguagem, pois sempre há uma mediação dialógica que permite, inclusive, o próprio perguntar. Quando se olvida essa dialética, se corre o risco de instrumentalizar a mobilidade do perguntar e o esclarecer básico que media constantemente entre o essencial já sempre acontecido e o existencial já sempre por acontecer⁵¹⁹.

A essencialidade dessa mediação é que permitirá encontrar a zona de comunidade (hermenêutica), na qual o entendimento pode ser questionado, pois é partir de onde se é possível se revelar um oposto, ou o outro prisma até então não observado.

Compreender não é, em todo o caso, estar de acordo com o que ou quem se compreende. Tal igualdade seria utópica. Compreender significa que eu posso ponderar e pensar o que o outro pensa. Ele poderia ter razão com o que diz e com o que propriamente quer dizer. Compreender não é, portanto, uma dominação do que nos está à frente, do outro e, em geral, do mundo objetivo⁵²⁰.

Então nesse horizonte, o compreender é um processo compartilhado. O diálogo entre os projetos prévios do intérprete e a *coisa mesma* fertiliza ambos. O intérprete se experimenta e a *coisa* que admite novas possibilidades de compreensão adquire uma nova e diferente unidade de sentido, em um horizonte mais amplo. A interpelação causada pela *coisa* cria algo diferente no horizonte de sentido do intérprete, obrigando-o a familiarizar o que lhe causou estranhamento. Nessa abertura é que o intérprete toma consciência da estrutura prévia de sentido (opiniões e pré-juízos) que se antecipou, se move

⁵¹⁸ “No destronamento da subjetividade de Gadamer, o sujeito é jogado e se encontra compreendido numa circularidade do conhecimento, não podemos perguntar ou querer saber mais sobre o que já não pré-conhecemos, pré-supomos ou intuimos. O sujeito não apenas experimenta nova e outras formas de conhecer, mas as experiências porque nunca partimos do grau zero de conhecimento”. ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica Filosófica**. Col. Ideias, vol. 7. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005. p. 180-181.

⁵¹⁹ MORATALLA, Agustín Domingo. **El arte de poder no tener razón: la hermenéutica dialógica** de H.G. Gadamer. Salamanca: Publicaciones Universidade Pontífica de Salamanca, 1991. p. 89.

⁵²⁰ GADAMER, Hans-Georg. Da palavra ao conceito. In: ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans Georg; ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 23.

em direção à possibilidade de reformulação do que foi projetado inicialmente e se vincula à *coisa mesma*⁵²¹.

Isso quer dizer que o encerramento do diálogo é capaz de manifestar o verdadeiro sentido da *coisa*, porém não de forma definitiva. Uma vez que se está sob a limitação da finitude histórica do intérprete, não há primeira e última palavra, pois, nos movemos e somos na linguagem⁵²². O ponto final do diálogo em relação à *coisa mesma* é sempre o ponto médio, o *topos da hermenêutica* como disse Gadamer, isto é, um médium ou aproximação possível naquele momento contingencial. Por isso, o ponto médio é a existência, é o lugar das decisões, é história e é o tempo, onde o ser se desvela e nos escapa⁵²³.

4.2.2 A primazia da pergunta no diálogo hermenêutico e a denúncia da obviedade do dito

De início é preciso cravar que a experiência ontológico-hermenêutica é algo que se antecipa a qualquer reflexão. A reflexão é uma reação ao que acontece no mundo, dá-se como inquietação em razão do outro ou alguém que está à frente. É como uma tensão entre essa experiência pré-reflexionante que subjaz a linguagem vivida e as pretensões determinadoras de toda a reflexão⁵²⁴ na busca por denunciar aquilo que, porventura, ocultou-se em uma obviedade. Por isso, para Gadamer, a hermenêutica é o saber o quanto fica sempre de não dito quando se diz algo⁵²⁵.

⁵²¹ Cf. ALMEIDA, Custório Luís S. de. *Hermenêutica e dialética: Hegel na perspectiva de Gadamer*. In: ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans Georg; ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 65.

⁵²² *Ibid.*, p. 66

⁵²³ ALMEIDA, Custório Luís S. de. ALMEIDA, Custódio. *Hermenêutica e dialética: substituição ou complementação?* **Filosofia Unisinos**. V. 3, Nº 4. São Leopoldo: Unisinos, 2002. p. 162-163.

⁵²⁴ Cf. FLICKINGER, Hans-Georg. *Da experiência da arte à hermenêutica filosófica*. ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans Georg; ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 28.

⁵²⁵ GRONDIN, Jean; GADAMER, Hans-Georg. *Retrospectiva Dialógica à obra reunida e sua história de efetuação (entrevista de Jean Grondin com H. -G. Gadamer)*. In: ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans Georg; ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 211.

A chave para estabilizar a tensão desse movimento ou denunciar a obviedade é a pergunta, pois ela permite romper com a obviedade do dito em direção ao não dito. Como afirma Flickinger, o perguntar marca o primeiro movimento no processo do compreender, pois é quando o sujeito e o desconhecido são jogados dentro do processo dialógico que o preserve e exponha simultaneamente⁵²⁶.

Nisso reside a influência da dialética platônica no pensamento de Gadamer, especialmente quando afirma que o surgir de uma pergunta rompe com o ser do perguntado, colocando-o sob uma determinada perspectiva⁵²⁷. Assim, se a tarefa da hermenêutica compreende uma tarefa teórica (interpretação da prática) e prática (a condição histórica), a prudência do saber que não sabe é a condição de possibilidade dessa dialética. Porém, para saber, é preciso perguntar, pois só o perguntar consegue colocar em aberto, em suspenso, os pré-juízos, até que se chegue a uma resposta dentro das experiências que se fundem a partir desse diálogo.

O perguntar é, também, tirar o outro de seu estado de mudez e deixá-lo falar em sua alteridade, o qual também colocará seu questionamento dentro do horizonte da pergunta inicial do intérprete, estabelecendo assim o horizonte de encontro. A pergunta, embora inaugure o diálogo, preserva as partes em sua alteridade, justamente para que na autonomia do próprio diálogo (horizonte do encontro) possam naturalmente desfrutar da experiência hermenêutica de forma não arbitrária, como num deixar levar-se pelo que pode vir a surpreender nesse processo de fusão - o não ter razão⁵²⁸. Esse movimento circular do

⁵²⁶ FLICKINGER, Hans-Georg. Da experiência da arte à hermenêutica filosófica. ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans Georg; ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 46.

⁵²⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 12. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2012. p. 473.

⁵²⁸ Por isso o jogo em Gadamer é um bom caminho para entender o modo-de-ser do diálogo, em razão das características comuns de auto-experimentação e de que o resultado final não é possível saber de antemão pela vontade dos participante, mas o ser da coisa mesma. FLICKINGER, Hans-Georg. op. cit., p. 47 *et seq.*; GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2011. p. 155 *et seq.*; MORATALLA, Agustin Domingo. **El arte de poder no tener razón**: la hermenéutica dialógica de H.G. Gadamer. Salamanca: Publicaciones Universidade Pontificia de Salamanca, 1991. p. 151.

diálogo até então bloqueado é que consuma o ouvir⁵²⁹ e a importância do perguntar.

A estreita relação que se mostra entre perguntar e compreender é a única que dá sua real dimensão à experiência hermenêutica. Aquele que quer compreender pode deixar em suspenso a verdade do que tem em mente [...], esse pôr-em-suspenso é a verdadeira essência original do perguntar [...]. Compreender a questionabilidade de algo já é sempre perguntar. [...] Quem quiser pensar deve perguntar. Essa é a razão porque todo o compreender é sempre algo mais que a mera reprodução de uma opinião alheia⁵³⁰.

Isso estabelece uma direta relação com a premissa de que é difícil dialogar quando a pessoa está decidida a não entender ou a não ouvir, uma vez que não está disposta a arredar-se de “suas verdades”, de seus pré-juízos⁵³¹. Conforme Gadamer o intérprete deve estar disposto a deixar que o texto lhe diga alguma coisa em sua alteridade⁵³² ou como diz Rohden, olha-se para o *logos*, mas se deve ouvi-lo para compreendê-lo⁵³³, solidarizando-se em sua alteridade, em seu horizonte.

O ouvir quando perguntado coloca em suspenso os pré-juízos daquele que é interpelado e por consequência suspende qualquer verdade que se tenha por imediata, ao nível lógico-apofântico. A pergunta dialógica rompe com o nível apofântico em busca das estruturas prévias de sentido⁵³⁴ que orientam o

⁵²⁹ FLICKINGER, Hans-Georg. Da experiência da arte à hermenêutica filosófica. ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans Georg; ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 49 *et seq.*

⁵³⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 12. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2012. p. 488-489.

⁵³¹ Os pré-juízos são reabilitados por Gadamer (em contraposição a ideia de *praeiudicium* latino) por constituírem criticamente o objetivo da hermenêutica filosófica, a estruturação hermenêutica. Os pré-juízos constituem a pré-estrutura da compreensão condicionando nossa abertura ao mundo e ao mesmo tempo sob a crítica daqueles que podem ou não ser legítimos. Reconhecer os pré-juízos que constituem nosso ser é a atitude crítica em contraponto a ilusão de uma investigação metodológico-empírica livre de qualquer pretensão de verdade da tradição que orienta e conduz a razão. Cf. *Ibid.*, p. 360 *et seq.*; MORATALLA, Agustín Domingo. **El arte de poder no tener razón**: la hermenéutica dialógica de H.G. Gadamer. Salamanca: Publicaciones Universidade Pontificia de Salamanca, 1991. p. 193 *et seq.*

⁵³² *Ibid.*, p. 76.

⁵³³ *Ibid.*, p. 216

⁵³⁴ CARNEIRO, Wálber Araújo. O direito e as possibilidades epistemológicas do paradigma hermenêutico. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (Org.); ROSA, Alexandre *et al.* **Hermenêutica e epistemologia**: 50 anos de verdade e método. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 161.

conhecimento, em busca do mundo prático que condiciona hermeneuticamente o acontecer da verdade.

Não se trata de um embate, mas de uma fusão, pois como diz Galán, a interrogação não é uma ordem, mas uma solicitação, ou melhor, uma provocação à palavra, no sentido de ‘pro-vocar’ como chamar o outro a sua vocação humana⁵³⁵ de interpretar, pois o homem é constituído existencialmente de forma dialógica.

Logo, a pergunta expressa não apenas uma insuficiência ontológica, mas também um vazio ou diferença que faz buscar no outro a resolução de um problema em forma de pergunta⁵³⁶ Essa experiência de vazio é tanto uma motivação para o perguntado como também uma iluminação de um pré-saber, por isso que a pergunta volta sobre si mesma e se transcende⁵³⁷, pois de certa maneira antecipa o que se quer saber em sua latência. Daí porque aquele que se compromete a responder, ao responder ao outro, responde a si mesmo, ou em outras palavras, é atravessado pelo diálogo.

A ideia de co-execução⁵³⁸ dentro do Direito reforça a importância constituinte do diálogo, uma vez que a história institucional do Direito não se escreve sozinha, pois sendo uma ciência interpretativa, os intérpretes sempre estão chamados a participar na *coisa*, na produção de sentido. Assim, o diálogo hermenêutico se revela em uma dinâmica própria, uma relação constitutiva entre pergunta e resposta que não pode ser determinada arbitrariamente pelo sujeito nem pela realidade como tal (externa a ele)⁵³⁹. Essa história é produto dos seus intérpretes, os quais devem encontrar nela o espaço comum para qualquer evolução interpretativa, de maneira que nenhum intérprete realize uma ação separada, desajustada com o outro⁵⁴⁰ ou fora da realidade horizontal.

⁵³⁵ GALÁN, Pedro Cerezo. **Reivindicación del diálogo**. Madri: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1997. p. 121.

⁵³⁶ Ibid., p. 122.

⁵³⁷ Ibid., p. 127.

⁵³⁸ Expressão usada por Galán. In: Ibid., p. 124.

⁵³⁹ ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica Filosófica**. Col. Ideias, vol. 7. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005. p. 183.

⁵⁴⁰ GALÁN, op. cit., p. 125.

É um espaço comum ontológico, não um espaço consensual pós-compreensivo, que limita a subjetividade solipsista dos sujeitos na *coisa mesma*. Na *coisa mesma* está a responsabilidade política do intérprete, daí a importância de estar, linguisticamente falando, com o outro, ou no caso do Direito, dentro de uma comunidade institucional. Nisso reside uma grande diferença entre as metodologias que apregoam a legitimação “interpretativa” na autoridade institucional estabelecida pelo sistema.

Se quem pergunta exige uma resposta, a exigência da co-execução na sua realização traduzirá que o pensar não é autônomo, mas sempre dialógico. Quando a *coisa mesma* interpela o intérprete, com seus juízos e pré-juízos, ele se coloca em “modo de pensamento” e, empenhado na resposta, caminha no sentido da consumação da experiência dialógica.

Por isso, a determinância da pergunta dialógica reside no fato de que ela é que estabelecerá o horizonte da resposta. A resposta, por sua vez, enfrentará as possibilidades argumentativas numa ou noutra direção, inclusive, desconstruindo em um esforço compreensivo e dialético as razões contrárias, inclusive aquelas que carregam os próprios pré-juízos do intérprete. E, se porventura, a pergunta não atingir a adequada abertura horizontica ao fim de proporcionar uma resposta correta, será preciso continuar perguntando até se adquirir uma resposta satisfatória. A pergunta já contém um sentido em si mesma para ser tida como adequadamente formulada e, como tal, capaz de dirigir o caminho de uma resposta.

A pergunta dialógica tem o compromisso de romper com a obviedade locucionária ou explicitativa para colocar em jogo o não-dito, colocando em aberto aquilo sobre o que se pergunta, em sua questionabilidade⁵⁴¹. A ultrapassagem dessa camada lógico-dogmática permitirá o reencontro com a *coisa mesma*, a fim de refletir (disjuntivamente) sobre a legitimidade de seu sentido para confirmá-lo ou não. Trata-se de uma espécie de re-iluminação da *coisa* para encontrar os pressupostos adequados de seu entendimento.

Isso porque o entendimento buscado na *coisa* não é um acordo qualquer (pragmático) para seguir dialogando, é algo literalmente mais

⁵⁴¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 12. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2012. p. 474 e 482.

profundo, é um solo vital que é prévio a qualquer acordo porque nele já se estava desde sempre⁵⁴². Logo, quando se fala de comunidade linguística se fala em algo fundamental e último que integra o *a priori* reflexivo⁵⁴³.

Na realidade nesse movimento dialógico do perguntar e responder em que se estrutura a reflexão hermenêutica constitui-se o caminho para a abertura da experiência linguisticamente articulada que une o mundo de experiências e o outro mundo que possibilita outras experiências.

A primazia da pergunta em relação à resposta adverte que não há resposta adequada que não seja resultado de uma pergunta que tenha sido rompida com o ser do que é perguntado e, ainda, que seja capaz de proporcionar uma resposta que permita ser aprimorada. A pergunta formulada nesse formato traz a *coisa* à presença, articulando expectativas de sentido que permitem manter “la continuidad sustancial de una tradición con/en la que permanentemente dialogamos”⁵⁴⁴.

Como visto, a pergunta dialógica não diz respeito a uma pergunta aleatória ou subjetiva, mas a algo mais estrutural do ponto de vista dialógico, que proporcione a adequada abertura horizontal de sentido. A pergunta tem um espírito de revelação, trazer algo a luz, ir além da *coisa* dita em sua objetificação dogmática, mesmo porque o laço da pergunta é com a compreensão da unidade de sentido da *coisa* e não com a subjetividade da opinião dos dialogantes⁵⁴⁵. No diálogo entre parceiro, por exemplo, não está em pauta derrotar o adversário, mas compreender aquilo sob o que versa a relação interpretativa, pois neste caso o parceiro dá vida à possibilidade de confrontar-

⁵⁴² Remetemos aqui, por exemplo, a diferença do diálogo em Gadamer e da dialética de Habermas para quem o consenso no diálogo é obtido a partir de acordo racionalmente motivado. ‘Los procesos de entendimiento tienen como meta un acuerdo que satisfaga las condiciones de un asentimiento, racionalmente motivado, al contenido de una emisión. Un acuerdo alcanzado comunicativamente tiene que tener una base racional’. HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa: racionalidad de la acción**. Vol. 1. Tauros, Madrid, 1987. p. 368.

⁵⁴³ MORATALLA, Agustin Domingo. **El arte de poder no tener razón: la hermenéutica dialógica** de H.G. Gadamer. Salamanca: Publicaciones Universidade Pontificia de Salamanca, 1991. p. 113.

⁵⁴⁴ [...] a continuidade substancial de uma tradição com/em que permanentemente dialogamos (tradução nossa). Ibid., p. 165.

⁵⁴⁵ Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 12. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2012. p. 480.

se (dialogar) com o adversário no modo de ser e pensar. O parceiro aqui é um componente essencial, mas não objetificável.

Por isso, com Rohden se pode dizer que a pergunta dialógica (des)cobre e (des)vela quem pergunta e quem é perguntado, não prescinde dos seus pressupostos de compreensão e, implicada em uma única temporalidade com a resposta, tem um determinado lugar no diálogo⁵⁴⁶. A pergunta posta, desde sempre, estabelece o horizonte das possibilidades de sentido que exsurge do outro, abrindo-lhe a experiência hermenêutica. O intérprete não ter razão em seus pré-conceitos, postos a descoberto pela pergunta é um risco, porém um risco no sentido dialógico, de se expor e admitir não ser mais o mesmo quando se encerrar o diálogo. Por isso o diálogo hermenêutico é auto-implicativo, como diz Rohden⁵⁴⁷, e também uma forma de autoconhecimento.

É no diálogo hermenêutico, portanto, que se produzem verdades críticas ou refletidas do intérprete e do outro, mediante sentidos que são testados nesse movimento dialógico da compreensão em direção da expressão lógica do conhecimento. A pergunta dialógica externa o reconhecimento da finitude histórica e da condição linguística de ser-no-mundo e de toda a compreensão.

A pergunta é uma antecipação de sentido que condiciona a realização do próprio diálogo, isto é, aquilo que se conhece previamente e projeta naquilo que o intérprete interage. Por isso é que no Direito, onde em geral, se lida com a interpretação de textos, a pergunta que antecipa o sentido do texto é produto da pergunta que o texto coloca ao próprio intérprete, de maneira que expressa uma pergunta que coloca o próprio intérprete em suas projeções.

A estrutura da pergunta que instrumentaliza o acontecimento da fusão de horizontes e os projetos de sentido coloca em xeque a segurança das próprias expectativas que se antecipam na alteridade, por isso é irreduzível à epistemologia do conhecimento ou à lógica apofântica⁵⁴⁸. Isso porque aquilo que se antecipa no diálogo ainda não é a compreensão, mas apenas uma

⁵⁴⁶ ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica Filosófica**. Col. Ideias, vol. 7. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005. p. 210.

⁵⁴⁷ Ibid., p. 199.

⁵⁴⁸ Ibid., *loc. cit.*

forma de ver a coisa, uma exposição da estreiteza dos próprios pré-conceitos⁵⁴⁹ (pré-reflexão), que serão validados ou não no ser da *coisa mesma*.

É o perguntar que solidifica a tradição, mas que também mantém viva e transmissível a história, por isso que o perguntar prevalece, inclusive, sobre as respostas “acabadas”. A pergunta, objetivamente falando, é a condição de possibilidade do próprio filosofar. A história traz consigo uma pergunta dirigida aqueles que com ela se comprometem em compreendê-la para uma possível transição de sua (des)continuidade.

Na recuperação das reflexões históricas reside a ontologia da pergunta dialógica, já que tem a finalidade de proporcionar um encontro mais profundo de qualquer origem linguístico-experencial de nossa história. A relevância de encontrar a origem reflexiva está em dar sentido à lógica explicitativa do conhecimento ou nas palavras de Moratalla “el auténtico saber es aquel en el que la pregunta estructura la posibilidad del conocimiento puesto que ‘la pregunta va por delante’⁵⁵⁰.

Enfim, somente a questionabilidade de algo é capaz de proporcionar a abertura para novas expectativas de sentido e renovação do próprio conhecimento, sem olvidar-se que a pergunta pelos sentidos deve remeter-se à pergunta pelo sentido ‘con-sentido’ de toda pergunta⁵⁵¹. Conscientes da importância fenomenológica da pergunta, agora será preciso descrever o encontro e o impacto dela dentro da dinâmica dialógica.

4.3 A FUSÃO DE HORIZONTES COMO PONTO DE ESTOFO DO DIÁLOGO: DA ESTREITEZA À ATUALIZAÇÃO COMPREENSIVA

Aquilo que se busca interpretar – a *coisa* – não está parada no tempo, pois está sob a permanente ação do pensamento que se esforça para

⁵⁴⁹ ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica Filosófica**. Col. Ideias, vol. 7. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005. p. 201.

⁵⁵⁰ [...] o auténtico saber é aquele em que a pergunta estrutura a possibilidade do conhecimento posto que a pergunta ultrapassa (tradução nossa). MORATALLA, Agustin Domingo. **El arte de poder no tener razón: la hermenéutica dialógica de H.G. Gadamer**. Salamanca: Publicaciones Universidade Pontificia de Salamanca, 1991. p. 181.

⁵⁵¹ Ibid., p. 165.

compreendê-la. No encontro do intérprete e a *coisa* (fusão) a distância aparece como fio condutor que separa e une simultaneamente o intérprete e a coisa – as duas pontas do círculo – visando a preservar a *coisa* do arbítrio e da subjetividade daquele. Isso porque se não existir afetação mútua ou mesmo interpelação pela coisa, não estaria o intérprete sendo convocado a compreendê-la de forma diferente dos pré-juízos projetados⁵⁵².

A distância é o elo que liga os horizontes distintos e torna possível a fusão, por isso não deve ser compreendida sob o aspecto cronológico-temporal. É a alteridade da distância que estranha o horizonte de sentido do intérprete, fazendo com que ponha em questão seus pré-juízos levando a descobrir-se marcado por um horizonte histórico⁵⁵³.

A receptividade de um texto diferente exige *disposição* e *abertura* do intérprete, sem lhe pedir neutralidade, pois a partir da receptividade toma-se consciência de suas opiniões prévias e de seus pré-juízos, provocando a revisão do projeto inicial de interpretação e a aproximação da *coisa mesma*⁵⁵⁴.

São os pré-juízos não considerados que não nos permitem ouvir a *coisa* de que nos fala a tradição⁵⁵⁵. E ao invocar a tradição que inspira a finitude da experiência hermenêutica, o diálogo hermenêutico reafirmará sua preocupação com o que está na estrutura da compreensão, isto é, com aquilo que está além do enunciado ou de como são produzidos os sentidos.

A fusão de horizontes representa a possibilidade concreta de evolução da experiência hermenêutica, isto é, de alargamento do horizonte que constitui a compreensão. Nesse movimento consuma-se a síntese linguístico-hermenêutica de fusão de horizontes que mergulha o intérprete ao encontro com a *coisa mesma*. A mobilidade desses horizontes acontece justamente para que se coloquem em confronto os preconceitos e a tradição, visando, conforme o caso, a uma ampliação ou evolução do próprio horizonte, pois na verdade é

⁵⁵² Cf. ALMEIDA, Custório Luís S. de. *Hermenêutica e dialética: Hegel na perspectiva de Gadamer*. In: ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans Georg; ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 64-65.

⁵⁵³ *Ibid.*, p. 65.

⁵⁵⁴ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁵⁵⁵ Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 12. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2012. p. 368 *et seq.*

dentro dessa mediação de horizontes (da tradição e do pessoal) que se dá o acontecer da compreensão.

Eis aí uma das objetivas justificativas de que a hermenêutica não pode ser acusada de ingênua ou acrítica, pelo contrário, ela favorece a consciência crítica, pois na medida em que é responsável por formar a consciência histórica, permite, também, assumir uma situação histórica determinada. É nesse movimento de fusão e diluição de horizontes que o intérprete conquista a oportunidade de se libertar de seus pré-conceitos, ainda que não totalmente em razão da condição histórico-fática⁵⁵⁶.

A fusão dos horizontes não é um processo mecânico-formal, mas um processo fático que se realiza atritivamente, de maneira que aquilo que é transmitido pela tradição e diante da interrogação de uma dada situação histórica é filtrado e testado em suas possibilidades de sentido. Ou seja, trata-se de um movimento condicionado pela tradição que colhe linguisticamente ambos os horizontes em direção ao presente, objetivando a unificação de sentidos e a garantia de como isso chegará ao futuro, o próximo encontro com a *coisa mesma*.

É nesse ponto que, por exemplo, se assemelham o Romance em Cadeia de Dworkin e os diálogos em Gadamer. Para Dworkin, a preocupação é a continuidade da história, e a responsabilidade do intérprete-juiz é, ao considerar-se parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção⁵⁵⁷. Para Gadamer o diálogo, mais do que a arte de perguntar, é a arte de continuar perguntando⁵⁵⁸, porém para ser autêntico pressupõe que se seja atingido pela tradição, de maneira que cabe essa automediação histórica entre

⁵⁵⁶ STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. p. 74.

⁵⁵⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 275.

⁵⁵⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 12. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2012. p. 479.

o presente e a tradição⁵⁵⁹, em que essa tensão entre o velho e o novo cresce junto para a validade repleta da vida⁵⁶⁰

Como diz Streck, é o diálogo um modelo da linguagem e sua formação de realização que suporta não somente o entendimento entre os homens, senão também o entendimento sobre as coisas de que é feito o mundo⁵⁶¹. É um momento de “mútuo escutar”, em que haverá disposição de fazer valer algo, inclusive, contra o próprio intérprete⁵⁶², pois não se é dono dos sentidos, são os sentidos (ou sua busca permanente) que orientam.

A condição de finitude é que coloca o sujeito diante da necessidade de estar aberto a novas expectativas de sentido implicado por uma pergunta, por uma interrogação que o tira de uma “zona de conforto hermenêutico” que constitui a experiência e movimenta o processo circular da compreensão. No entanto, o desvelar da verdade no diálogo vai exigir a disposição de ouvir o participante ou o que o texto tem a dizer, de maneira que os dois horizontes efetivamente se encontrem diante da pergunta que abriu suas condições de poder ser. É um desvelamento que ilumina a negatividade da experiência hermenêutica.

O diálogo é, propriamente, uma comunhão (fusão) na medida em que o ser do objeto une os falantes, assim como une também intérprete e texto, em busca de uma atualização compreensiva, uma ampliação de horizonte do intérprete. Ao se entender a pergunta colocada pelo texto, pelo outro falante ou mesmo pela tradição, realiza-se sempre uma típica experiência hermenêutica capaz de criar novas possibilidades de sentido.

Por isso é que se diz que o sujeito, constituído historicamente, se funde com o objeto revelado na e pela linguagem, sem dominação, arbitrariedade ou dependência normativa, pois é nessa perspectiva que a filosofia se revela um existencial descoberto linguisticamente. O sujeito é um ser histórico e, como

⁵⁵⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 12. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2012. p. 487.

⁵⁶⁰ Cf. *Ibid.*, p. 404; e STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 266.

⁵⁶¹ STRECK, *op. cit.*, p. 247.

⁵⁶² FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. **Hermenêutica jurídica**: en torno a la hermenéutica de Hans-Georg Gadamer. Valladolid: Secretariado de Publicaciones da Universidad de Valladolid, 1992. p. 81.

tal, suas opiniões prévias devem (ou não) se confirmar na *coisa* de acordo com sua origem e validade (legitimação), tarefa constante da compreensão⁵⁶³. Essa abertura ao ignorado é que constitui a alteridade do que advém do diálogo com o texto ou com o interlocutor sob o olhar da tradição.

O diálogo (hermenêutico) nada tem a ver com consenso lógico ou qualquer forma de comunicação casual, na realidade é um acontecimento anterior (estruturante, ontológico) que, a partir da linguagem comum torna-se condição de possibilidade do próprio compreender, uma vez que representa o elo entre o que leva a perguntar e sua conseqüente resposta.

Daí porque os sentidos (re)produzidos a partir da subjetividade assujeitadora dos discursos de autoridade, por não priorizarem a partilha de uma tradição e a pluralidade democrática, são inautênticos, uma vez que ao não permitirem a identificação da pergunta, tampouco se comprometem com a integridade da resposta. Nesse cenário, sem qualquer fusão de horizontes, a história é sempre falhada ou abstrata, determinadas sempre por respostas (interpretações) *ad hoc*.

Isso é determinante para a análise do contexto do Direito no Brasil, pois considerando que a atividade interpretativa está inserida em uma fase que ainda é de afirmação constitucional e democrática, dever-se-ia estar experimentando a possibilidade de novas práticas, especialmente sedimentadas com base no câmbio contínuo de horizontes interpretativos⁵⁶⁴. As velhas práticas centradas no protagonismo do intérprete ainda são dominantes e imprestáveis ao diálogo (hermenêutico), ainda se “interpreta” (*sic*) buscando a vontade da lei ou do legislador ou a existência de um fundamento *inconcussum veritatis*.

Esse câmbio interpretativo que orienta a fusão dialógica seria derradeiramente ruptural para a mudança de práticas interpretativas no Brasil, pois além de contribuir para estabelecer uma nova uma história, a qual já

⁵⁶³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 263.

⁵⁶⁴ FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. **Hermenêutica jurídica:** en torno a la hermenéutica de Hans-Georg Gadamer. Valladolid: Secretariado de Publicaciones da Universidad de Valladolid, 1992. p. 115.

deveria ter iniciado pós-Constituição de 1988, seria também responsável pela constituição de uma nova reserva histórica e de proteção contra o casuismo interpretativo no/do Direito.

A dialética na visão de Gadamer enquanto arte de pensar capaz de reforçar as objeções a partir da própria coisa em questão⁵⁶⁵ não é, portanto, uma metodologia ou estratégia para derrotar o oponente ou para produzir uma lógica meramente explicativa. O enraizamento do discurso dialógico dá conta da limitação do homem acerca das coisas e da ação da história, submetendo-o ao contínuo estranhamento de sua experiência e o movimento no círculo da compreensão. Eis aí a produtividade hermenêutica, um teste contínuo de possibilidade de sentido toda vez que o horizonte do intérprete é interpelado por um evento.

Ao contrário, opiniões rígidas, definitivas ou autoritárias põem em suspenso o assunto com suas possibilidades, pois não estabelece um original diálogo, senão a imposição de um discurso sobre outro ângulo da lógica explicativa. A questão dos tratados de direitos humanos na ordem interna brasileira é um exemplo típico, tanto a decisão política decorrente da introdução do § 3º no art. 5º da Constituição Federal, mas, sobretudo, a decisão que mudou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Isso porque o Supremo Tribunal Federal, ao ter olvidado questões derradeiras, demonstra que não aconteceu o adequado diálogo (hermenêutico), em que alguns exemplos se extraem: da desconsideração da tônica dos direitos humanos no movimento constitucional pós-Segunda Guerra; do momento de autonomia e afirmação constitucional de um texto promissor como o da Constituição de 1988 orientada pelos valores humanos e internacionais; o cenário de abertura (internacionalização) política, econômica e jurídica por ocasião da globalização. Fundamentalmente, deveria ainda estar na pauta dos debates dos julgamentos já comentados a necessidade de ruptura (interpretativa) com a visão liberal-individualista de Direito baseada em pressupostos ultrapassados como de soberania absoluta e de plenitude normativa da ordem normativa interna que sustentavam, tais como a tese da

⁵⁶⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 12. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2012. p. 480.

hierarquia legal vigente desde a década de 1970 e uma tese de supralegalidade descolada desta realidade e sem qualquer identificação com a tradição constitucional inaugurada em 1988.

Na realidade não se pode dizer que faltaram respostas a essas perguntas, aliás, pelo contrário, essas perguntas não foram colocadas. O novo posicionamento do STF a partir de 2008 impôs uma decisão que não se constitui em resposta no horizonte de qualquer pergunta adequadamente formulada. Convém ressaltar que a pergunta é quem vai conduzir ao encontro dos pressupostos hermenêuticos da finitude e historicidade do ser humano no universo da compreensão, na medida em que a pergunta vai revelar uma ignorância (limitação) no ser do perguntado, responsável pela abertura às expectativas de novos sentidos. De pronto, se pode observar que não se trata, *a priori*, de determinar respostas, mas de estar aberto às possibilidades de rever seus pré-juízos acerca da *coisa* no horizonte de uma pergunta.

A pergunta, portanto, atua dentro de um horizonte de possibilidades que vai lhe permitir chegar a uma resposta autêntica ou adequada; todavia, a pergunta não é uma interrogação casual, mas um estranhamento no ser do perguntado. Trata-se de uma interpelação, motivada pela tradição que habita no interlocutor ou no texto, ao ponto da pergunta já se constituir na resposta a uma dada limitação (deficiência ou insuficiência) compreensiva, que só tem sentido no horizonte de uma pergunta do universo do homem ou em sua latência.

É preciso ter convicção de que as respostas são, portanto, sempre provisórias, uma espécie de parada hermenêutica, pronta para ser desvelada tão logo estranhada novamente por uma pergunta hermenêutica. Talvez essa seja a grande ilusão das metodologias tradicionais, isto é, a pretensão perene ou totalizante das respostas definitivas ou autoritárias que, em última análise, sujeitam-se ao risco da limitação (absolutização) do ilimitado e das respostas sem perguntas. O diálogo, diferentemente das metodologias, não tem fim determinado⁵⁶⁶.

⁵⁶⁶ ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica Filosófica**. Col. Ideias, vol. 7. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005. p. 184.

Um diálogo não tem como se estabelecer quando a resposta é imposta ou já está dada de antemão, isso é característica de um monólogo. Assim, por exemplo, equivocadamente, os casos judiciais nunca se colocam como uma pergunta, mas como um fato qualquer à espera de uma resposta independente da qual ou de uma inautêntica absolutização de vedação ao *non liquet*. Com efeito, com raras exceções, as decisões judiciais se integram a alguma história ou são produzidas por quem está disposto a ouvir, senão se movem apenas como expressão de poder. De fato, não respondem a nenhuma pergunta hermenêutica.

A necessidade de integrar a tradição que estrutura o sentido em nossa história e a realidade presente da aplicação, fazem com que o diálogo se paute pela necessidade de uma mediação histórica para adequada realização da compreensão. Para Gadamer a aplicação, enquanto realização do compreender é individualizadora e não um ato de acoplamento *a posteriori*. Nesse complexo processo compreensivo a consciência histórico-efetual do intérprete ao trazer consigo o reconhecimento da finitude histórica do sujeito, ao mesmo tempo em que dá conta da inesgotabilidade do saber-se ou da estreiteza de seu horizonte, também lhe permitirá a ampliação de seu campo de visão. Não é por menos que o “horizonte” é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que pode ser visto a partir de um determinado ponto⁵⁶⁷.

É por isso que para Gadamer, a consciência histórico-efetual é um momento de realização da compreensão, já que é capaz de proporcionar a obtenção da pergunta correta. A consciência da situação hermenêutica determina que quando se compreende *algo*, *algo* foi aplicado como resposta à pergunta. Logo, a consciência histórico-efetual faz parte do próprio *ser* do que se compreende, pois permite ver além daquilo que está diante de si, já que não se dá conta dessa realidade, embora se tenha consciência de sua presença atuante em nossas pré-compreensões⁵⁶⁸.

A consciência histórica oriunda da tradição se torna efetual no momento da compreensão, na qual essa fusão (lingüística) entre o passado e o

⁵⁶⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 12. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2012. p. 398-399.

⁵⁶⁸ GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos (Col. Focus): 1999. p. 191.

presente atuará como responsável por garantir a continuidade ou transmissão da própria tradição, isto é, a transmissão do diálogo iniciado anteriormente, como uma espécie de acontecer comprometido com o espiral progressivo do compreender no tempo, para aqueles que se sucederão.

Não resta dúvida de que aquilo que compõe a tradição, como por exemplo, palavras e textos, nada mais é do que a compreensão em um dado momento histórico pela linguagem e, como tal, precisa ser trazida ao presente. Por isso Gadamer, ao tratar da consciência histórica afirma que pensar significa realizar a conversão que acontece aos conceitos do passado quando se procura pensar neles, como uma mediação entre aqueles conceitos e o próprio pensar⁵⁶⁹:

Compreender um texto significa sempre aplicá-lo a nós próprios. Sabemos que, embora deva ser compreendido cada vez diferente, um texto continua sendo o mesmo texto que se apresenta cada vez diferente. O fato de que, com isso, não se relativiza em nada a pretensão de verdade de qualquer interpretação torna-se claro pelo fato de que a toda interpretação é essencialmente inerente seu caráter de linguagem⁵⁷⁰.

Por essa razão que os conceitos que se escondem na interpretação, precisam ser trazidos à luz (mediados) quando a interpretação não é adequada ou não traduz uma progressão da história e, por outro lado, quando não se questiona a compreensão dos conceitos ocultados no que vem à fala é porque já se compreendeu. Da mesma forma, não pode haver mais de uma compreensão para uma mesma pergunta quando se fala de um mesmo intérprete e de um mesmo texto, pois há apenas uma possibilidade interpretativa que pode se coadunar com a continuidade histórica do texto nesse processo de diálogo entre passado e presente.

Então, se não é possível olvidar que tanto no diálogo vivo como na interpretação de um texto, sempre é colocada uma pergunta ao intérprete como referência essencial, será também inexorável considerar que o perguntar dependerá da conquista do horizonte hermenêutico (horizonte do perguntar) no

⁵⁶⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 12. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2012. p. 513-514.

⁵⁷⁰ Ibid., p. 515.

qual se determina a orientação de sentido do texto⁵⁷¹ ou da conversa. Assim, a pergunta se apresenta como uma nova possibilidade ou sentido para uma coisa já compreendida, pois a circularidade (passado-presente) leva a revisitar os pré-conceitos.

É preciso dizer, também, que diálogo não é um recorte entre o passado em um dado momento e o agora, senão uma relação de continuidade com todos aqueles que participaram do acontecer histórico. Logo, em larga medida o diálogo é uma crítica ao autoritarismo científico-epistemológico tradicional. A transmissão da tradição não depende apenas da ação linguística, mas de como a *coisa mesma* na história foi mediada linguisticamente – significada – na experiência.

Observa-se que é, portanto, um permanente diálogo entre o pertencimento a uma tradição e a distância histórica do presente na experiência hermenêutica. A função hermenêutica da distância não é uma busca pela história, mas algo que vem à consciência toda vez que se inaugura um diálogo, a fim de garantir o auxílio crítico especial, em que saltam à vista as modificações e que diferenças podem ser observadas⁵⁷². Somente assim é que se garantirá a coerência do que se entrega (tradição) linguisticamente ao tempo presente, uma mediação do como a *coisa mesma* se revela na consciência (histórica) e de como são transmitidas no agora, projetando-se no futuro. Não há um vácuo ou um recorte que permita apenas pensar a partir do agora, pois isso é desconsiderar o fundamental efeito da história na ‘bagagem’ hermenêutica.

Se o diálogo, então, não é finito, senão infinito, já que sempre se reinicia novamente e sempre emudece uma vez mais, sem jamais encontrar um fim⁵⁷³, revela-se como bastante evidente a presença da historicidade do compreender como um princípio hermenêutico inexorável⁵⁷⁴. Resta nítido, com isso, que o compreender não é uma operação de conhecimento “objetivo-

⁵⁷¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 12. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2012. p. 482.

⁵⁷² Id. **Verdade e método II**: complementos e índice. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2011. p. 16.

⁵⁷³ Id. **Hermenêutica em retrospectiva**: a virada hermenêutica. 2. ed. RJ: Editora Vozes, 2007. p. 182.

⁵⁷⁴ Cf. STEIN, Ernildo. É a hermenêutica filosófica filosofia? In: **Filosofia Unisinos**. São Leopoldo, v. 3, nº 4, 2002. p. 66.

descritivo”, já que preconiza ultrapassar o que foi dito, justamente onde é possível a mediação dialógica, no nível hermenêutico. A busca pela pergunta que determinou a resposta indica que o sentido de uma fala ou de um texto é sempre relativo a uma pergunta a que ele responde e, trazê-la ao mundo, impõe ir além do que é dito no enunciado ou na conversa.

Assim, o que é transmitido na fala ou no texto impõe uma pergunta que transcende o horizonte do intérprete, colocando sua opinião em suspenso. Porém para responder essa pergunta, o interrogado tem que começar a perguntar, isto é, reconstruir a pergunta que responderia aquilo que lhe é transmitido. Todavia, suas perguntas devem buscar superar o horizonte histórico para não frustrar a produtividade do diálogo, já que uma pergunta reconstruída não pode nunca permanecer em seu horizonte originário⁵⁷⁵.

Essa questão é bastante importante na medida em que é uma necessidade hermenêutica essa profundidade reconstrutiva, inclusive, para atingir as possibilidades as quais sequer o autor ou o texto pensaram ou previram. Essa ampliação não implica arbitrariedade interpretativa, mas colocá-la no contexto que a tradição significa⁵⁷⁶. A pergunta estabelece uma dinâmica produtiva nesse contexto, pois amplia as possibilidades de sentido, incorporando-se à opinião daquele que pergunta - quem quiser pensar deve perguntar. Esse dever de perguntar abarca, inclusive, aquilo que já se considera superado ou sem objeto, justamente para não correr o risco de olvidar a caducidade (inautenticidade) dos pressupostos históricos sob os quais se assentam o sentido.

De acordo com Luiz Rohden, reconstruir perguntas e respostas que deram origem ao texto tem uma lógica constitutiva própria e que não pode ser determinada pelo sujeito nem pela realidade externa a ele. Para o filósofo, as perguntas sobre objetos não são dialógicas em razão de seu caráter definitivo ou de esgotabilidade, não passam de busca por informações típicas da relação sujeito-objeto. As perguntas dialógicas são mais complexas, exigem o caráter

⁵⁷⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 12. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2012. p. 487.

⁵⁷⁶ Ibid., p. 488.

de “estar descobrindo”, de inquirir, portanto são sempre inesgotáveis e dão sempre o que pensar, exigindo novas perguntas, como em um jogo circular⁵⁷⁷:

Volta-se, portanto a enfatizar que para Gadamer compreender uma pergunta significa colocá-la e compreender uma opinião significa compreendê-la como resposta a uma pergunta⁵⁷⁸. Nesse vai e vem circular-construtivo, a dinâmica da pergunta e da resposta não esgota o tema, pois na medida em que aquele que é interrogado é obrigado a dar uma resposta pragmático-interpretativa, deixa em aberto às possibilidades de sentido ainda não consideradas, exigindo novas perguntas⁵⁷⁹.

As perguntas e respostas dialógicas tem seu tempo e sua maturidade, uma vez que estão vinculadas, ao tempo, ao espaço, às expectativas e às possibilidades históricas em que se encontram os parceiros do diálogo, elementos os quais poderão assegurar a sua autenticidade por suas implicações ético-políticas, para além do tu ou do eu, de modo que o autêntico filosofar emerge e se desenvolve a partir daquela terceira margem que ‘nasce’ entre ambos⁵⁸⁰.

O diálogo, assim, se constitui em uma unidade transformadora do sentido da *coisa* mesma, pois a “terceira-margem” é aquilo que nasce da essência dialógica do expor-se simultaneamente e deixar iluminar para ver aquilo que ainda não se tinha visto. A fertilização recíproca é que traz à luz a possibilidade compartilhada de sentidos dentro de um horizonte histórico e a garantia de sua retomada coerente em um novo encontro ou estranhamento, enfim, um horizonte aberto.

O acontecimento da verdade compartilhada ultrapassa a pretensão das opiniões pessoais, autoritárias ou monológicas, ainda que argumentativamente demonstrem coesão discursiva. A verdade como acontecimento (ontológico) exsurge de uma comunidade de entendimento mútuo que se encontra previamente ao mundo lógico. Com base nessa realidade é que advém a crítica ao tratamento dispensado aos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, uma vez que as “respostas” de caráter hierárquico-normativista,

⁵⁷⁷ ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica Filosófica**. Col. Ideias, vol. 7. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005. p. 196.

⁵⁷⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 12. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2012. p. 489.

⁵⁷⁹ ROHDEN, op. cit., p. 197; 209.

⁵⁸⁰ Ibid., p. 197.

baseadas em discursos lógico-discursivos dispensados tanto pela jurisprudência como pela doutrina, não atendem aos pressupostos hermenêuticos da adequada pergunta compreensivo-hermenêutica. As respostas não se denunciaram como empenhadas com a mediação dialógica de uma pertença à tradição inaugurada pelos direitos humanos no constitucionalismo pós-Segunda Guerra e a necessária afirmação dos compromissos protetivos do constitucionalismo brasileiro.

Aos intérpretes, em razão da monologia que habitualmente se encontram seus discursos, em momento algum sentiram-se estranhados em seus “conhecimentos”. De fato, o diálogo não é uma mecânica, é modo-de-ser que condiciona o pensar quando se fala da *coisa (sache)*, mas condicionar-se a isso requer mudança do *habitus* interpretativo dominante que coloca a linguagem em uma condição instrumental.

De outro lado, para o diálogo hermenêutico a linguagem constitui o mundo e operacionaliza a experiência hermenêutica construída dialogicamente, de maneira que somente quando se é interpelado pela pergunta, pode-se dizer que se está aberto. Somente se avança na compreensão a partir dessa fusão entre o outro e a compreensão presente frente à tradição, de maneira que a subjetividade não se assenhora daquilo que já existe como projeto de sentido iniciado anteriormente. Na realidade, apenas há compromisso com novas possibilidades de sentido a partir daquilo que já fora transmitido e que em algum momento pode ser mudado quando se é estanhado por aquilo que não é familiar.

Na realidade, é quase um paradoxo o movimento dialógico da pergunta e da resposta, pois o que move o círculo dialógico é o dissenso (estranhamento) iniciado a partir da lógica discursiva que impulsiona uma pergunta dialógica que rompe com a obviedade do dito, buscando um acordo ontológico na *coisa*. Isso quer dizer que a pré-disposição dialógica é uma questão fundamental, pois uma vez que o intérprete não esteja disposto a ouvir, também não está disposto ao compreender conteudístico.

4.4 A ONTOLOGIA PRODUTIVA DO DIÁLOGO HERMENÊUTICO ANTE O DISSENSO: O CONSENSO BUSCADO NA COISA

A grande questão é que não se pode compreender algo olhando apenas para seu conteúdo aparente ou sua abstração, uma vez que existem pressupostos não enunciados, os quais somente quem pensa poderá dimensioná-los. Esses pressupostos somente se desvelam na estrutura dialógica da compreensão. Moratalla adverte que a vinculação de todo o compreender ao acontecer tem um caráter atualizador e produtivo que é preciso constatar dentro de uma continuidade tensional⁵⁸¹ de caráter histórico-linguístico:

[...] encontramos-nos sempre inseridos na tradição, e essa não é uma inserção objetiva, como se o que a tradição nos diz pudesse ser pensado como estranho ou alheio; trata-se sempre de algo próprio, modelo e intimidação, um reconhecer a si mesmo no qual o nosso juízo histórico posterior não verá tanto um conhecimento, mas uma transformação espontânea e imperceptível da tradição⁵⁸².

Neste cenário, a tradição passa a integrar o diálogo como uma espécie de interlocutor experiente e permanente no diálogo, de maneira que a tradição se realiza na recordação daquele que vive na história, não naquele que se apropria dela⁵⁸³. A tradição não induz perenidade, senão uma consciência que sempre surge quando no presente se pensa no futuro, como uma memória latente que se desvela como resposta, mas que se abre naturalmente toda vez que é interrogada. Essa é a razão pela qual o diálogo hermenêutico, ao retirar o poder de disposição de sentidos do sujeito, se permite conceber como uma experiência de partilha (democracia de sentidos) insusceptível de assujeitamento.

O rompimento com essa disponibilidade de sentidos da subjetividade se dá a partir do necessário reconhecimento de uma estrutura prévia que se desvela na dinâmica da pergunta e da resposta, a qual tem a finalidade de

⁵⁸¹ ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica Filosófica**. Col. Ideias, vol. 7. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005. p. 197.

⁵⁸² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 12. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2012. p. 374.

⁵⁸³ Id. **Verdade e método II: complementos e índice**. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2011. p. 172 *et seq.*

constantemente atualizar a experiência. No modo-de-ser dialógico a complexidade inicial está em identificar a qual pergunta o referido enunciado ou a afirmação do interlocutor responde, pois são as perguntas que têm o poder de romper a camada impenetrável das abstrações e/ou de preconceitos herdados que dominam o modo de conhecimento tradicional que se descompromete dos pressupostos não enunciados.

Por isso Gadamer é incisivo ao dizer que todo o enunciado tem seu horizonte de sentido no fato de ter surgido de uma situação pergunta⁵⁸⁴. Isso fica claro na medida em que a verdade hermenêutica da resposta encontra seu limite na sua própria temporalidade e historicidade, até o surgimento de uma adequada pergunta que exija uma nova resposta. A nova resposta, porém, não implica um rompimento estanque de sentidos, senão um avanço hermenêutico do sentido buscado na própria *coisa*.

O intérprete deve superar o elemento estranho que impede a intelegibilidade de um texto. Faz-se mediador quando o texto (o discurso) não pode realizar a sua missão de ser escutado e compreendido. O intérprete não tem outra função que a de desaparecer uma vez alcançada a compreensão. O discurso do intérprete não é um texto, mas *serve* ao texto. Isso não significa, porém, que a contribuição do intérprete se esgote no modo de escutar o texto. Essa contribuição não é temática, não é objetivável como texto, mas está incorporada ao texto⁵⁸⁵.

A tarefa da hermenêutica é, portanto, o restabelecimento do acordo⁵⁸⁶ buscado na *coisa mesma (sache selbst)* que sempre a codetermina, uma vez que qualquer enunciado sempre deve ser entendido como resposta a uma pergunta sempre ocultada em um entendimento mútuo. Antes disso, é preciso lembrar que a compreensão de um texto não deve se dar ao acaso das opiniões próprias do intérprete, senão deve estar o intérprete disposto a deixar que o texto lhe diga alguma coisa em sua alteridade⁵⁸⁷, em sua relação com o mundo (linguístico).

Na realidade, de outra maneira isso quer dizer que o texto responderá (ou deveria responder) a pergunta do intérprete nos limites de sua formulação,

⁵⁸⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2011. p. 67.

⁵⁸⁵ Ibid., p. 405.

⁵⁸⁶ Ibid., p. 73.

⁵⁸⁷ Ibid., p. 76.

nos limites do horizonte que a história nos permite ver agora. A produtividade de um acontecer hermenêutico da verdade nunca é definitivo ou absoluto, senão sempre vinculado à tradição e limitado à história.

Essa questão se manifesta de forma interessante nos exemplos ilustrativos usados por Gadamer quando aborda o tema da concepção prévia da completude e as expectativas de sentido, como são os casos do leitor de uma carta, aquele quando se compreende um texto ou de quando se acredita nas notícias transmitidas por um repórter. Em todos os casos se está aberto às possibilidades de sentido, mas somente o fracasso de tomar por verdadeiro o que é dito é que faz surgir a pretensão do compreender⁵⁸⁸.

O compreender depende, portanto, não somente da opinião de um interlocutor ou da proposição de um texto, mas também do preconceito, a fim de refletir sobre a consensualidade do que é transmitido, pois é nessa interrelação de compreender a *coisa* e considerar a diversidade da “opinião do outro” que os horizontes se fundem e a tradição flui. É a pergunta que rompe com o “absolutismo” lógico, isto é, a pergunta é libertação dos prejuízos em busca de algo que potencialmente não se sabe e que vem do outro, em uma espécie de instância crítica que emerge da pré-compreensão.

Por isso, é preciso reforçar aqui a premissa gadameriana de que a linguagem sempre se dá no diálogo, pois é nela e por meio dela que se dá a mediação da continuidade da história de todas as distâncias e descontinuidades. Logo, a linguagem se realiza e encontra sua plenitude no vai e vem da fala, em que uma palavra leva a outra. Enfim, é a linguagem que se alimenta em comum, e se encontra junto, é a linguagem que desenvolve suas possibilidades⁵⁸⁹.

É uma questão fundamental o fato de que a linguagem se essencializa na ausência do eu, ou seja, ela sempre pressupõe o diálogo, a própria *coisa* não se apresenta apenas para intérprete, mas também para aquele que enuncia. O falar (e o escutar) é, portanto, da esfera do eu. No dito, o sujeito é mergulhado no mundo latente de significados, os quais precisam ser orientados

⁵⁸⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2011. p. 78.

⁵⁸⁹ *Ibid.*, p 171.

em seu significante. Assim é que se é naturalmente levado por ele, pois é a lei da *coisa* (*sache*) quem determina ou abarca a partir da dinâmica da pergunta e da resposta, e considerando os dois níveis da linguagem, os horizontes dos participantes se encontram e se satisfazem em plenitude.

4.4.1 O consenso na *coisa* e o consenso discurso-procedimental em Habermas

O diálogo hermenêutico não acontece entre espectadores passivos ou interlocutores indiferentes, pois é mais que uma conversa (casual), descompromissada do ponto de vista ético-político e antropológico-metafísico. No diálogo hermenêutico, os participantes estão movidos na paixão pelo saber universal, comprometendo-se com perguntas e respostas, de maneira que implicam-se (tomam posição), afetam-se e transformam-se ao longo do diálogo⁵⁹⁰ por conta de um evento linguístico (oral ou escrito).

Logo, é um pressuposto do diálogo a certificação de que o interlocutor acompanhe, acolha a palavra do outro, compreenda em seu horizonte e reconheça a própria disposição de acatar (ou não) um argumento diferente ou oposto ao seu⁵⁹¹. Na realidade isso é o que assegura a coerência sobre a *coisa* em questão, uma espécie de acordo ontológico que facilita o interesse por aquilo que é familiar, mas ao mesmo tempo é estranho, ao ponto de colocar em suspenso nossos pré-juízos, permitindo a abertura cognitiva da experiência.

Até mesmo o indizível (que está em nossa mente) e que se refere a algo, faz parte da universalidade da linguagem, faz parte do diálogo, faz parte da infinitude interna, permitindo que seja retomado (o diálogo) a qualquer tempo⁵⁹² e garantindo a continuidade da compreensão. Assim é que o diálogo não se resume ao que está ou foi enunciado, mas à totalidade do

⁵⁹⁰ ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica Filosófica**. Col. Ideias, vol. 7. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005. p. 194.

⁵⁹¹ Ibid., p. 195.

⁵⁹² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II: complementos e índice**. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2011. p. 181.

comportamento de mundo, como força evocativa da vida⁵⁹³, sempre aberto a sua continuidade da experiência, enfim, de tudo que pode ser trazido à linguagem⁵⁹⁴.

A experiência de mundo é diferente da experiência da linguagem para Habermas – um dos ferrenhos críticos da hermenêutica de Gadamer. Habermas acusa a hermenêutica de relativista por permanecer na linguagem ordinária, mas, ao fazer parte do modo de ser é que ela é universal, pré-metodológica e (in)objetificável⁵⁹⁵.

De outro lado, o mesmo não se poderia dizer da dialética habermasiana, quando pretende uma suposta mediação entre linguagem ordinária e o sistema linguístico monológico das ciências modernas. Conforme já havia referido Gadamer em sua tentativa de autocrítica, a estrutura monológica da consciência científica não conseguirá atingir o intento de purificação da linguagem ordinária, por olvidar a tensão da reconstrução e transmissão⁵⁹⁶. Ademais, como a dialética, na busca de um fundamento (último) além da experiência histórica (razão prática), visa a uma rigorosa formação teórica de um agir racional (razão comunicativa, descritivo-formal)⁵⁹⁷, não conseguindo superar a filosofia da consciência.

Buscando superar a distância entre razão prática e razão teórica Habermas rejeita a concepção ontológica de Gadamer, acreditando que a verdade (ou falsidade) é uma mera expectativa de validade oriunda de um processo de argumentação discursiva, capaz de produzir um consenso razoável. Segundo Oliveira, para Habermas, a estrutura das unidades elementares da sentença (atos de fala) é sempre composta de uma sentença performativa e de uma, dependente, sentença de conteúdo proposicional, pois é a primeira sentença que determina o modo da comunicação e, com isso, estabelece o sentido pragmático de uso para a segunda. A unidade elementar

⁵⁹³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2011. p. 233.

⁵⁹⁴ Ibid., p. 237.

⁵⁹⁵ Cf. HABERMAS, Jürgen. **Dialética e hermenêutica**. Trad. Álvaro Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987.

⁵⁹⁶ Cf. GADAMER, op. cit., p. 21.

⁵⁹⁷ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 38 *et seq.*

da fala tem essa dupla dimensão, porque a comunicação, enquanto entendimento sobre objetos, só se realiza sob a condição de metacomunicação simultânea, isto é, de um entendimento (diálogo) no nível da intersubjetividade sobre o sentido pragmático determinado da comunicação⁵⁹⁸. Por consequência, a legitimação da verdade no discurso, se dá como consenso razoável extraído da dialética (justificativa) daquilo que foi problematizado na ação comunicativa, como se pudesse isolar a ação de todas as influências para uma ideal situação compreensiva de opiniões e normas justificadas.

Essa relação que se afigura como uma dialética entre o procedimental-reflexivo (não comprometida com a verdade historicamente apreendida) e a razão, é determinante para a distinção do que aqui se trata (diálogo hermenêutico). Habermas não confia na razão antecipadora, por entendê-la isolada ou de dominação, portanto, não universalizável, levando-o à defesa de um razão comunicativa⁵⁹⁹, uma espécie de situação ideal de fala (fundamentação *a priori*) ou razão prescritiva *a posteriori* conforme destaca Streck⁶⁰⁰. Por consequência, Habermas, ao pretender substituir a razão prática, resgata o sujeito da modernidade (sujeito-objeto), já superada na intersubjetividade hermenêutica, pois aposta nos discursos dedutivos (contrafáticos), produto da velha dicotomia discursivo-procedimental entre discursos de fundamentação e discursos de aplicação, interpretação e aplicação, fato e direito, em detrimento da dupla estrutura da linguagem que sustenta o círculo hermenêutico.

Ao que parece, Habermas confia num suposto acordo decisório (consenso) legitimado numa espécie de racionalidade estratégica que dá ênfase ao vínculo produzido pela ação comunicativa, livre de ideologias e deformações (neutra), levando a crer que a força ilocucionária do *logos*

⁵⁹⁸ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006. p. 297-298.

⁵⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**: sobre el derecho y el estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso. Madrid: Trotta, 1998, p. 66.

⁶⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 40.

dialógico se validaria no consenso obtido argumentativamente enquanto limitação da própria subjetividade⁶⁰¹.

Como afirma Streck, o mundo prático (conteudístico), somente surge quando as regras do jogo já estão previamente fundamentadas através dos discursos de aplicação. Daí o papel contrafático dos discursos de fundamentação, que transcendem o fático, isto é, os fatos se realizam no contexto do discurso da fala ideal, algo realizável de forma precária, através de rupturas maiores ou menores do diálogo⁶⁰².

Em suma, Habermas não aceita o *a priori* prático, o substituindo por um discurso de fundamentação prévio (razão comunicativa), independentemente das situações práticas, com a pretensão de 'imunizar a razão prática solipsista' livre de qualquer elemento moral, a partir de uma situação ideal com função contrafática⁶⁰³. De fato, Habermas não superou a relação sujeito-objeto como fez a hermenêutica filosófica, apenas substituiu o sujeito por um discurso hipostasiado prévio⁶⁰⁴.

Na realidade Habermas não se preocupa com as diferenças, mas com o consenso auferido argumentativamente ao nível lógico do discurso. O entendimento de Habermas não é ontológico, pois o dissenso não remete a uma busca pelos pressupostos compreensivos, mas a uma linguagem ideal. Se em Gadamer o intérprete está implicado na compreensão e vinculado pela tradição, em Habermas o intérprete apenas dispõe de competências linguísticas universais para entender os significados passados e formar novos significados, uma face instrumental da linguagem.

Essas, portanto, são algumas das razões pelas quais a dialética habermasiana e o diálogo em Gadamer não se aproximam ou, pelo menos, não devem ser tratados de forma idêntica. Em Habermas, como diz Streck, a verdade é consenso, pois é no consenso, justificado discursivamente no nível

⁶⁰¹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006. p. 310.

⁶⁰² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 42.

⁶⁰³ Ibid., p. 47.

⁶⁰⁴ Ibid., p. 47-48.

lógico, que se dá a validade⁶⁰⁵, onde qualquer parceiro possível atribuirá o mesmo predicado ao objeto (consenso legitimado)⁶⁰⁶. O diálogo (hermenêutico), de outro lado, é ontológico, faz parte do nosso modo-de-ser-no-mundo, já que é o diálogo que condiciona e mobiliza estruturalmente a compreensão, sem que isso implique em juízo de fundamentação *a priori*, mas numa pré-compreensão antecipadora.

Então, se a capacidade para o diálogo é um atributo natural do homem e se o acesso ao mundo somente se dá através da linguagem, a linguagem apenas se dá no diálogo⁶⁰⁷, pois é no intercâmbio vivo (do dizer a si e do deixar-se dizer) que se opera a existência. Um verdadeiro diálogo não consiste em se ter experimentado algo de novo, mas ter encontrado no outro algo que ainda não se havia encontrado na própria experiência de mundo. Daí sua força transformadora, pois é o encontro de dois mundos e não a mesma visão⁶⁰⁸ ou produto de uma descrição do mundo.

Então, o diálogo (hermenêutico-gadameriano) não é consenso, pelo menos ao nível lógico, mas um acordo na *coisa*, já que quando se diz que se entende alguma coisa, isso não significa, em absoluto, que um tenha opinião idêntica ao outro. No diálogo, a diferença nunca é tragada pela identidade, assim como nenhuma compreensão de um pelo outro abrange todo o âmbito do compreendido⁶⁰⁹. Por isso Gadamer destaca a importância de um interlocutor radicalmente distinto, pois este o levaria a valorizar muito a desconstrução - insistindo na diferença – e afirmar que, por isso, ele se encontraria no começo do diálogo (quando se dá a interrogação) e não no final⁶¹⁰. Sumarizando,

⁶⁰⁵ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 79.

⁶⁰⁶ “Para Habermas o que legitima o consenso é uma “situação linguística ideal”. Essa situação segundo Habermas não é nem um fenômeno empírico, nem uma pura construção do espírito, mas simplesmente uma pressuposição mútua inevitável nos discursos. Nesse sentido, a situação ideal se manifesta como o fundamento normativo da compreensão linguística: ela é antecipada e, enquanto antecipada, eficaz”. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006. p. 313-314.

⁶⁰⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 12. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2012. p. 243.

⁶⁰⁸ *Ibid.*, p. 246 *et seq.*

⁶⁰⁹ *Id.* **Verdade e método II**: complementos e índice. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2011. p. 25.

⁶¹⁰ *Ibid.*, p. 432.

enquanto o diálogo (hermenêutico) orienta-se pela pergunta que supera a individualidade instrumental impondo o envolvimento do sujeito (intersubjetividade), a dialética move-se pelas respostas pré-determinadas ou acabadas (uniformização) dependentes do acordo ideal entre os sujeitos em face do melhor argumento.

A diferença que se quer enfatizar está no fato de que o dissenso, ou a possibilidade de não ter razão, estimula o rompimento da lógica do dito ao fim de buscar dialeticamente o entendimento na *coisa*. Pois é a *coisa* que permite que o diálogo se desenvolva dentro de uma direção de sentido e somente a continuidade da “conversa” demonstrará se houve ou não compreensão. Então, se está falando de um entendimento (estruturante) que precede ao âmbito procedimental-discursivo que, inclusive, lhe é condição de possibilidade.

4.4.2 A importância produtiva do dissenso como prudência de não ter razão

O diálogo informa, portanto, novas pré-compreensões, uma vez que não se pode perder de vista que o caráter dialogal da linguagem no horizonte da hermenêutica filosófica, não se restringe à subjetividade dos sujeitos, mas à busca por deixar-se tomar por algo em nível estruturante, para além da razão (subjetivista) e do consenso comum ou discursivo. Trata-se de uma empresa em constante mudança (em contrariedade à fixação de um sentido) e que somente o comprometimento com o potencial da alteridade é capaz de proporcionar⁶¹¹, é algo que está para além do que simplesmente se enuncia.

Observa-se que para Gadamer estar-em-conversa é estar-além-de-si-mesmo, pensar com o outro e voltar sobre si mesmo como outro, e o dissenso (estranhamento) que isso produtivamente pode proporcionar à experiência hermenêutica. Essa fusão conseqüente é que proporcionará o consenso em nível mais profundo antes de qualquer manejo dos participantes. A busca pelo horizonte da pergunta original da *coisa* é que os move até a

⁶¹¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2011. p. 387.

consumação da compreensão. Por isso é que o sentido de uma fala ou uma frase sempre diz respeito a uma pergunta a que respondem, de maneira que não há como compreendê-la se apenas ficar-se atrelado a sua enunciação ou imediatidade. É preciso ir além naquilo que sustenta o que é apresentado.

Para tanto, a pergunta deverá ser autêntica ao ponto de atender os pressupostos de abertura e decisibilidade⁶¹² que lhe conferem sentido. Em outras palavras, a pergunta autêntica atinge o próprio horizonte aberto, aquilo que está receptivo à modificação ou à ampliação, e que pode ser decidido em termos de sentido. A abertura, portanto, é o espaço de divergência (dissenso) entre as partes, não em sentido de disputa, mas aquilo que move em direção ao que se desconhece em alguma medida. De outro lado, uma pergunta mal formulada (ambígua ou falsa) não é capaz de atingir tal desiderato, pois acaba por comprometer a produtividade do diálogo em sua experiência hermenêutica, não provocando abertura seja para o certo ou errado, tampouco para a decisão.

Uma pergunta é decidida pela preponderância dos motivos a favor de uma possibilidade e contra a outra; mas isto ainda não é o conhecimento completo. Só se alcança o saber da coisa ela mesma quando se dissolve as instâncias contrárias e quando se desmascara a incorretude dos argumentos⁶¹³.

No desencadeio dessa dinâmica está a ideia (*Einfall*), a qual por vir sem qualquer preparação prévio-metodológica, precisa orientar-se em forma de pergunta, para colocar em aberto uma possível resposta que rompe com a opinião corrente (consenso discursivo-científico), jamais como uma afirmação de uma resposta *a priori*. A pergunta aparece como um instinto (pensar) dentro do movimento do círculo hermenêutico, de maneira que se é obrigado a perguntar para não se estagnar em preconceitos autênticos ou inautênticos, pois é a pergunta que permitirá validar num ou noutro sentido. A pergunta atua como uma reconstrução daquilo que não foi adequadamente compreendido na tradição e que agora tenta reconciliar-se no horizonte do passado histórico e do presente em relação à *coisa*, pondo em suspenso o que se sabe a respeito dela.

⁶¹² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 12. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2012. p. 475.

⁶¹³ *Ibid.*, p. 476.

Nisso reside a dificuldade de qualquer racionalidade de cunho hierárquico-normativo, pois não há qualquer interrogação de caráter hermenêutico, não há, de fato, uma abertura de sentido, senão uma imposição locucional baseada em pressupostos não-ontológicos, mas sistemático-metodológicos, dependentes do acoplamento propositivo do sujeito-intérprete. É importante frisar que quanto mais autêntico é o diálogo, menos os parceiros podem direcioná-lo arbitrariamente⁶¹⁴, pois quanto mais as partes entregarem-se ao ouvir do movimento dialógico, mais rica a sua produtividade.

No caso do tratamento dos direitos humanos, do ponto de vista doutrinário e jurisprudencial nos limites da abordagem anterior, se observam apenas proposições de sentido atreladas a discursos lógicos (sistemático-normativos) e autoritários, porém sem engajamento ontológico, tanto é verdade que não conseguem superar a racionalidade hierárquica como fundamento último. É crível, portanto, que a pergunta posta aos intérpretes (se posta efetivamente) foi mal formulada ou ambígua, enfim, inautêntica, pois não foi capaz de estranhar o horizonte hierárquico-normativo sob o qual se assentam a autoridade do Estado e os espaços de poder nada obstante o caráter constitutivo da Constituição e vinculatório dos direitos humanos. Novamente: pergunta inautêntica, resposta inadequada.

A verificação de que não houve uma resposta enquanto produto de uma pergunta hermenêutica está no fato de que, em última análise, os argumentos num e noutro sentido são reflexos de uma dependente sobreposição hierárquica de fontes e argumentos de justificação. A discussão, portanto, se resumiu ao discurso de nível 1 (um), isto é, a um discurso que não supera a lógica locucional-descritiva de quem pressupõe que os textos sustentam-se em uma espécie de grau zero de sentido - racionalidade hierárquico-normativista -, que se sujeita a todos os desvios interpretativos e acoplamentos de sentidos. Em outras palavras são discursos que se apresentam, desde sempre, com pretensão de esgotamento, insusceptíveis de novas perguntas (dialógica) e de produtividade hermenêutica.

⁶¹⁴ ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica Filosófica**. Col. Ideias, vol. 7. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005. p. 198.

Como disse Gadamer, a hermenêutica filosófica, ao considerar a unidade-dual entre o dito e não dito⁶¹⁵, não se satisfaz com o nível lógico, mas busca uma estrutura que se move na diferença do outro enquanto se enraíza para encontrar no não aparente o consenso originário para a adequada compreensão. A dinâmica da pergunta e da resposta que estrutura o diálogo é responsável por abrir uma dimensão de entendimento que transcende as palavras fixadas pela linguagem⁶¹⁶ para buscar em um nível mais profundo (nível 2) a experiência hermenêutica que condiciona a mediação linguística entre aquilo que chega como tradição e a interpelação do presente, sempre pensando a continuidade dialógica. Por isso é que não se pode confundir o acordo (lógico) sobre o assunto ou tema do diálogo e o dissenso que induz a busca de um acordo hermenêutico (ontológico), sobre o qual se dá a compreensão.

No fundo, é a possibilidade do dissenso ou do estranho, enfim, do saber que não sabe (tudo), da limitação histórica, que instiga a abertura hermenêutica através da pergunta, pois ainda que o intérprete não tenha se despojado de seus pré-juízos, os mantém em suspenso até o estabelecimento de um acordo compreensivo. É bastante perspicaz a afirmação de Gadamer quando diz que o diálogo que há no pensamento se enriquece no tempo com novos e grandes interlocutores, especialmente aqueles que são capazes de envolver a missão da desconstrução da diferença em busca do consenso ontológico na *coisa*⁶¹⁷.

A produtividade do diálogo, além da (re)introdução do sujeito (histórico) no processo criativo da produção, advém da prudência do ouvir latente o que está na necessidade hermenêutica do perguntar-se para aprender e da inesgotabilidade do perguntar. Deixar-se levar pelo dissenso/diferença é um pressuposto do movimento dialógico. O sujeito auto-implicado⁶¹⁸ não é dono dos sentidos, mas partícipe de um projeto de compreensão que está sempre aberto para as condições (futuras) de ampliação do horizonte hermenêutico e a revelação de (novos) sentidos. Os projetos de sentido estão sempre prontos

⁶¹⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2011. p. 429.

⁶¹⁶ Ibid., p. 428.

⁶¹⁷ Cf. Ibid., p. 432.

⁶¹⁸ Autoimplicativo é expressão usada por Luiz Rohden. In: **Hermenêutica Filosófica**. Col. Ideias, vol. 7. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005. p. 199.

para serem testados no dissenso toda vez que o diálogo autenticamente se reinstaura, mediante uma pergunta adequada capaz de alargar o horizonte da compreensão na sua constância de passado, presente e futuro.

A questão é que o diálogo, para ser produtivo, exige o confronto com o diferente, com aquilo que lhe estranha em sua experiência e obriga os participantes a descerem ao nível pressuposto ou ontológico para reorganizar em suas experiências o consenso na própria *coisa* em questão. Esse movimento de desconstrução e reconstrução é que revela a verdade dos sentidos como um acontecimento, e não como uma fabricação metódica. Em última análise, a autoimplicação dos partícipes, despojados de seus pré-conceitos e movidos pelo “aprendizado recíproco”⁶¹⁹ e de comprometimento com verdades hermenêuticas é que afirma o caráter moral e democrático da produção de sentidos, constituintes do espírito (modo-de-ser-filosófico) hermenêutico.

4.5 UM BALANÇO FINAL E DE TRANSIÇÃO: DO DESVELAMENTO DA ESTRUTURA DIALÓGICO-HERMENÊUTICA A CAMINHO DOS NOVOS HORIZONTES

As questões filosóficas plantadas no presente capítulo têm por finalidade demonstrar que mediante um novo ambiente interpretativo é possível se constituir um discurso de exceção à racionalidade autoritária de matriz positivista que permeia o modo de conhecimento tradicional do Direito. Na realidade, a tradicional epistemologia do conhecimento no Direito está dominada pelas verdades autoritárias e pela dependência da razão solipsista de produção, sem qualquer compromisso hermenêutico. A dificuldade das metodologias tradicionais de conhecimento, por não se enlaçarem com o nível *a priori* da compreensão é a produção de um debate monológico em que o tema invariavelmente não se mantém historicamente e não está permanentemente aberto, pelo contrário, produzem respostas *ad hoc* e com pretensão de definitividade.

⁶¹⁹ ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica Filosófica**. Col. Ideias, vol. 7. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005. p. 206.

O diálogo hermenêutico de Gadamer denuncia a pré-existência de uma comunidade de partilha (ontológica) de onde se origina e sustenta qualquer enunciação. Logo, qualquer acontecer de verdade sobre um enunciado ou uma fala se estrutura antecipadamente numa dinâmica da pergunta e da resposta consciente de sua limitação. De outro lado, isso quer apontar que não há diálogo (hermenêutico) quando a resposta é imposta ou já está dada de antemão, pois a autoridade de uma verdade (hermenêutica) não advém da submissão, mas de uma consciente participação e pertença⁶²⁰.

As dificuldades monológicas no Direito, colaboradas pela ausência de uma doutrina de densidade teórico-crítica, são caudatárias das decisões judiciais que não se integram à história alguma ou são produzidas por discursos sem interlocução – discurso de quem não está disposto a ouvir -, senão movem-se apenas como expressão de poder e de cegueira hermenêutica. Por isso, de fato, seus discursos não respondem a nenhuma pergunta hermenêutica.

A evidência que se buscou semear é a de que a hermenêutica, no horizonte da fenomenologia, aponta para as condições de possibilidade de qualquer tipo de conhecimento. A hermenêutica, enquanto novo paradigma da filosofia, revela-se como um tipo de conhecimento prévio que não pode ser elevado à teoria do conhecimento, mas estabelece uma ligação básica com os aspectos históricos e contingentes e com a dimensão da historicidade da razão epistêmica. A agora epistemologia hermenêutica representa uma virada na questão do conhecimento, em razão da irrecusabilidade de seu caráter histórico⁶²¹.

Então, considerando a dupla estrutura da linguagem trazida da hermenêutica de Heidegger, formada pelo compreender que se antecipa (nível hermenêutico) e aquilo que se explicita no universo logico-semântico (nível apofântico), a ausência de interlocução entre esses dois níveis prejudica a credibilidade locucional. Na realidade a epistemologia do conhecimento

⁶²⁰ MORATALLA, Agustín Domingo. **El arte de poder no tener razón: la hermenéutica dialógica** de H.G. Gadamer. Salamanca: Publicaciones Universidade Pontifica de Salamanca, 1991. p. 204.

⁶²¹ STEIN, Ernildo. Gadamer e a consumação hermenêutica. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (Org.); ROSA, Alexandre *et al.* **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 10-11.

tradicional é epistemologia da filosofia da consciência justamente pela ausência de racionalidade hermenêutica.

De outro lado, uma adequada epistemologia hermenêutica quer apontar que qualquer discurso locucional é, antes de tudo, um discurso hermenêutico, que já desde sempre acompanha, vincula e que não se pode sonegar. O dito sempre carrega consigo o não dito e a dinâmica da pergunta e da resposta sobre a qual se estrutura o diálogo hermenêutico, seu modo-de-ser-dialógico, denuncia nesse modo-de-pensar o abarcamento do nível pré-reflexivo. Com efeito, a pergunta será sempre, em alguma medida, a resposta, pois o que se conhece não está no nível hermenêutico e ilimitado, mas no nível lógico (epistemológico) e limitado e, como tal, sempre tensionado pelo hermenêutico. Como diz Rohden não se pode perguntar (adequadamente) sobre o que já não se pré-conhece, pois não há grau zero⁶²².

O caráter histórico da hermenêutica está compromissado com a dimensão prática da linguagem – que sustenta a dinâmica da pergunta e da resposta – e lhe é essencial, na medida da necessária compreensão sobre a ideia de continuidade e partilha da história, não obstante a própria história do intérprete. Há, portanto, uma estrutura (hermenêutica, livre de arbitrariedade) que se emerge no diálogo, fazendo que uma determinada interpelação, um texto e mesmo uma decisão judicial estejam sempre condicionadas por uma estrutura que lhe guarda o sentido e o significado.

O reconhecimento da nossa finitude e historicidade determina que a síntese hermenêutica da compreensão-interpretação não produz verdades absolutas ou definitivas, mas limitadas dentro daquilo que, no momento, é possível enxergar de forma comum, considerando o horizonte (situação). Como diz Moratalla, “la persona que comprende adquiere horizontes nuevos realizando para ello un verdadero esfuerzo y la recompensa de esta constante tarea es poder ver mejor (más y con mayor profundidad) dando oídos a la tradición”⁶²³.

⁶²² ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica Filosófica**. Col. Ideias, vol. 7. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005. p. 180.

⁶²³ A pessoa que compreende adquire novos horizontes realizando para ela um verdadeiro esforço e a recompensa dessa constante tarefa é poder ver melhor (mais e com maior profundidade) dando ouvidos a tradição (tradução nossa). Ibid., p. 216.

Portanto, a abertura do processo de compreensão, em seu caráter histórico e atualizador, sem descuidar dos pré-juízos, permite chegar a novos conhecimentos por conseguir observá-los sob outros prismas, sem perder sua consentaneidade, sem recorrer à subjetividade. A manutenção da tensão entre o horizonte do passado e o horizonte do presente sob o efeito da história conserva a unidade produtiva do acontecer da compreensão mediada dialogicamente. Então, novamente, com apoio em Moratalla, o paradigma dialógico permite constatar que o *logos* hermenêutico é, renovado e dialeticamente, um *logos* apofântico, fonte de novas possibilidades de conhecimento⁶²⁴.

Diante disso, as proposições temáticas de sentido que seguem no próximo capítulo, longe de qualquer pretensão de definitividade, se anunciam como produto de um acontecer dialogicamente estruturado, que buscou corrigir ou compensar os desvios interpretativos ahistóricos e os discursos autoritários. A única pretensão será reconstruir, permitindo a adequada abertura, de outros caminhos epistemológico-hermenêuticos para o tema dos tratados internacionais de direitos humanos diante de uma nova paisagem constitucional e internacional do Direito nessa quadra da história.

⁶²⁴ MORATALLA, Agustin Domingo. **El arte de poder no tener razón**: la hermenéutica dialógica de H.G. Gadamer. Salamanca: Publicaciones Universidade Pontifica de Salamanca, 1991. p. 223; 225.

5 O DIÁLOGO HERMENÊUTICO COMO HORIZONTE DE UMA NOVA PAISAGEM NO DIREITO: A(S) PERGUNTA(S) ADEQUADA(S) E AS PERSPECTIVAS EPISTÊMICAS DE APLICAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

A mudança de racionalidade é um processo complexo e que encontra uma série de resistências, especialmente, por demandar a necessidade de revisar pressupostos inautênticos que sustentam os discursos. Na realidade, para se falar em diálogo (hermenêutico) essa necessidade – revisar pressupostos – é condição de possibilidade, pois é preciso se entregar ao fenômeno (diálogo), deixar-se perguntar para o acontecer produtivo da verdade que orienta o discurso epistemológico.

Em se tratando de direitos humanos no Brasil, algumas questões são fulcrais quando analisadas sob o viés da hermenêutica filosófica, em especial, ao arranjo do diálogo, pois irão encontrar novos horizontes de compreensão e um espaço aberto para melhor desenvolvimento hermenêutico da Constituição. Os mandamentos constitucionais não se resumem aos dispositivos literais da Constituição, mas congregam outras formas de normatividade que são expressão da dimensão interpretativa, inclusive, dos princípios constitucionais, das técnicas interpretativas da jurisdição constitucional e mesmo do desenvolvimento de novas (inter)faces materiais, como aquela destinada a albergar aplicação adequada dos tratados internacionais de direitos humanos.

Por isso é que o desenvolvimento de uma proposta que vise a contemplar a historicidade do processo de formação das fontes e ordens jurídicas⁶²⁵ dentro de uma nova paisagem jurídica pressupõe antes de tudo, para evitar o pragmatismo e o relativismo, dar sentido à estrutura interpretativa dos discursos por meio da fenomenologia hermenêutico-dialógica.

⁶²⁵ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **“Brançosos” e a interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2008. p. 23.

5.1 DIÁLOGOS HERMENÊUTICOS: APROXIMANDO FONTES E ORDENS JURÍDICAS EM BUSCA DE “RECOMPOSIÇÃO DA PAISAGEM”⁶²⁶ INTERNA E INTERNACIONAL EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS

O atual cenário global tem revelado uma pressão mais acentuada pela internacionalização do Direito, como medida de potencialização dos canais de comunicação e, por consequência, como uma tendência de democratização interpretativa em benefício das possibilidades de alinhamento político, econômico e jurídico, especialmente, em tempos de busca da autonomia do Direito. Com efeito, a preocupação com o modo pelo qual tem se dado a busca por esses movimentos de interrelação reside o espaço para se trabalhar a reestruturação do sistema de fontes e se constituir critérios interpretativos movidos por elementos comuns (democracia e direitos humanos), como resposta às demandas de interesse da sociedade contemporânea. As novas demandas não podem eficazmente ser enfrentadas por uma única ordem jurídica estatal no âmbito do respectivo território⁶²⁷, ou mesmo pela dependência de uma racionalidade autoritária e impositiva que não se estrutura sob premissas partilháveis.

Por isso, qualquer ideia que reivindique, por exemplo, a comunicação entre intersistemas de Direito, como repercussão de um movimento da internacionalização ou como promessa de renovação dos sistemas de Direito - ainda atrelados de maneira geral à ideia ultrapassada do Estado-Nação, como medida de segurança jurídica e instrumento de resistência às arbitrariedades⁶²⁸ - hermeneuticamente não pode prescindir da ideia de diálogo. Essa abertura não coloca em risco político nem o Estado nem a normatividade constitucional, pois são expressões contemporâneas, “*acquis* constitucionais ou *stantards* vinculativos de acções e comportamentos perante quaisquer retrocessos civilizacionais”⁶²⁹.

⁶²⁶ Expressão usada por Delmas-Marty.

⁶²⁷ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. XXI.

⁶²⁸ *Ibid.*, p. 116.

⁶²⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. “**Brançosos**” e a **interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2008. p. 27.

Com efeito, a prescindibilidade da hierarquização das ordens (interna/internacional), como fundamento básico dos discursos arbitrários e de exceção aos direitos humanos, é o elemento chave para o novo modo de produção e normatividade jurídicas na recomposição da paisagem do Direito, reconstruídos com base nos diálogos hermenêuticos. Ou seja, a Constituição é a própria resposta para a pergunta sobre a razão da insegurança da hierarquização formal das ordens interna-internacional, pois é a Constituição o próprio fundamento para a estabilização dessa tensão normativa intersistemas. Cabe aqui reforçar com a crítica de Canotilho que atribuiu a fragilidade epistêmica do constitucionalismo dirigente ao autismo nacionalista e patriótico, que tem a “soberania” como corolário lógico deste dogma⁶³⁰.

Para Häberle, o desenvolvimento da interface internacional do Direito passa pela integração dos fatores, nacional e internacional, pois um “direito comum de cooperação”, mais do que alternativa ao “monismo-dualismo”, é uma estruturação ou infraestruturação do Direito Internacional em razão da abertura internacionalista desse novo constitucionalismo (cooperativo)⁶³¹.

O ponto nodal da crítica é a questão hierárquico-normativista que orienta os discursos autoritários e de ocasião em detrimento do alvorecer dos direitos humanos no Brasil, muitas vezes, sustentados na dicotomização formal-sistemática do interno-internacional. Mesmo em tempos de internacionalização do Direito, ainda é bastante presente na realidade latino-americana, em particular no Brasil, o apego às estruturas formais, quiçá também ultrapassadas para a validação desses discursos. A soberania formal absoluta e a consequente cisão entre direito interno e internacional são os grandes facilitadores dos discursos hierárquico-normativistas, pois conjugam centralidade estatal e a positividade (escalonada) como núcleos legitimadores do Direito.

Não se pode deixar de consignar, por exemplo, que o próprio monismo kelseniano sempre foi dependente da ideia de escalonamento, já que somente se afirmaria como possível em razão da ausência de positividade do direito

⁶³⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. “**Brançosos**” e a **interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2008. p. 109.

⁶³¹ Cf. **Pluralismo y constitución**. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedade abierta. Madrid: Tecnos, 2002. p. 287-289.

internacional, sempre lembrando que o Direito em sua teoria é um sistema de normas válidas. Em diversas passagens quando trata do direito internacional, Kelsen, ainda que se preocupe em criticar os pluralistas que concebem duas personalidades jurídicas ao Estado, afirma que não passa de uma instância de legitimação jurídica e moral dos Estados em suas relações mútuas no âmbito externo, a qual somente quando vislumbrada conjuntamente (monisticamente) com o direito interno torna possível concebê-la como parte de uma unidade sistemática e inconflictível de normas⁶³².

Isso porque para Kelsen, em regra geral as normas de direito internacional são sempre incompletas, pois sua normatividade plena seria sempre dependente da suplementação do direito nacional onde encontraria o elemento pessoal⁶³³ (sujeito/destinatário), por isso é que as concepções doutrinárias vigentes como também as decisões do Supremo Tribunal Federal, ainda que se considerem como avançadas, de um modo ou de outro não ultrapassam a ideia positivista de Kelsen, do normativismo semântico.

Para a doutrina dos direitos humanos, a superação desse imaginário se constitui em um dos grandes desafios contemporâneos, como se observa na crítica de Pérez Luño dirigida àqueles que defendem os direitos humanos sob uma concepção meramente axiológica, mormente quando se está diante de sistemas normativos forjados na dogmática positivista dos séculos XIX-XX, isto é, no mais das vezes não invocáveis ou justicializáveis por não estarem positivados direta e imediatamente⁶³⁴.

O não reconhecimento dos direitos humanos como autênticos direitos (validados formalmente-positivados) sob a ótica metodológica dominante vai ser determinante para o paradoxo dual (valores éticos x normas jurídicas), especialmente ao se prescindir do caráter deôntico que está em sua origem. É de se convir que o estatalismo combinado com a ausência de diálogo em sede de direitos humanos desprestigia o seu caráter universalista, suscetibilizando-

⁶³² Cf. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 348; **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 531 *et seq.*

⁶³³ Id. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 488.

⁶³⁴ In: **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2010. p. 595.

os à fragmentação e ao enfraquecimento de seu caráter normativo (e interpretativo).

A superação desse paradigma fragmentário e o processo de defesa de uma racionalidade alternativa ou transversal⁶³⁵ é a direção da pergunta que abre um espaço (normativo) favorável e criativo destinado a albergar a pluridimensionalidade dos direitos humanos⁶³⁶ em linha dialógica com a Constituição, sem que isso implique qualquer espécie de fusão/incorporação, mas um espaço ordenado⁶³⁷ de reciprocidade hermenêutica entre ambos.

Com efeito, a construção do Direito a partir do paradigma hermenêutico (filosófico), sobretudo edificado na produtividade e alteridade da dinâmica dialógica, além de fundamental para superação da visão restritiva da ausência de normatividade dos direitos humanos, é constitutiva de novas fontes e espaços normativos de gênese humana e democrática que possam traduzir “un modele alternatif - alternacional, voire supranational”⁶³⁸, mas que possa permitir:

[...] o olhar recíproco aos standards internacionais, praticado pelas jurisdições nacionais e, aos standards constitucionais, desenvolvido pelas jurisdições não nacionais, muito mais do que vínculos meramente normativos, denotam uma reserva de interpretação em favor de uma base intersubjetiva e intercultural para a conformação de uma comunidade mundial de valores, em que estejam à base os direitos humanos. Com efeito, julgamentos que envolvem questões sobre direitos humanos são bastante propícios para essa modalidade de comunicação transversal interjurisdicional⁶³⁹.

O diálogo sob a ótica hermenêutica ilumina, também, essas possibilidades. É bem verdade que qualquer modelo baseado em ordem ou hierarquia poderá levar à recaída na mesma deficiência que ora se quer

⁶³⁵ Alternativa ou transversal no sentido de uma exceção às lógicas dos modelos tradicionais de ordens jurídicas (verticais e/ou horizontais) em que o diálogo hermenêutico atua como vetor de transformação dessa nova face de normatividade.

⁶³⁶ Na linha desenvolvida por Marcelo Neves, especialmente no capítulo quarto. In: **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 235 *et. seq.*

⁶³⁷ DELMAS-MARTY, Mireille. **Les forces imaginantes du droit (II)**: Le pluralisme ordonné. Paris: Seuil, 2006. p. 26.

⁶³⁸ “Um modelo alternativo – alternacional ou supranacional” (Tradução nossa), os quais não existem alternativamente ao modelo de Estado-Nação ainda vigente. Cf. Id. **Les forces imaginantes du droit (III)**: La refondation des pouvoirs. Paris: Seuil, 2007. p. 08.

⁶³⁹ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Novas geometrias e novos sentidos: Internacionalização do Direito e internacionalização do diálogo dos sistemas de justiça. In: **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado STRECK, Lenio Luiz, ROCHA, Leonel Severo, ENGELMANN, Wilson. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo, UNISINOS, 2012. p. 155-156.

superar, todavia, não se pode furtar da evolução para um modelo criativo-interpretativo de Direito sem abrir mão da positividade. As possibilidades de um diálogo e de uma “conversação constitucional”⁶⁴⁰ devem ser vistas como medidas críticas do olhar hermenêutico contra as restrições da autoridade hierárquica de caráter nacional, convencional ou comunitário.

Como diz Canotilho, qualquer Constituição possui um núcleo de identidade aberto ao desenvolvimento e esse núcleo que congrega regras e princípios estruturantes representam as condições mestras da “evolução da Constituição (nova compreensão dos princípios, propostas interpretativas, alargamento da disciplina constitucional a novos problemas)”⁶⁴¹. O atritamento/dissenso da interpelação dialógica entre identidade e desenvolvimento constitucionais significará a resposta aos anseios da sociedade e dos cidadãos.

A internacionalista francesa Delmas-Marty, por sua vez, afirma que a profusão de normas embaralha a imagem da ordem jurídica, fazendo reivindicar um direito acessível a todos, não imposto de cima como verdade revelada, mas consagrado como verdade compartilhada⁶⁴². Portanto, trata-se de uma reivindicação de que o direito precisa reencontrar-se com a alteridade que estrutura os discursos “lógicos”, a fim de não perder em identidade e identificação, isto é, em autonomia e justiça social.

Ainda que não se olvide que a pretensão da autora seja desenvolver ideias que permitam o caminho para um direito comum, baseado em normas abertas ou marcos-limites e uma unificação hierarquizada, são aqueles pressupostos (verdade revelada e compartilhada) que iluminam a possibilidade do diálogo hermenêutico como estruturante daquilo que a própria autora tenha se dedicado a desenvolver em amplo espectro. Enfim, uma espécie de ontologização hermenêutica das ideias de Delmas-Marty.

⁶⁴⁰ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. XXV.

⁶⁴¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. “**Brançosos**” e a **interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2008. p. 121.

⁶⁴² Cf. prefácio. In: DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

A plausibilidade dessas afirmações pode ser extraída do pensamento de Delmas-Marty quando destaca que o segredo da reinvenção de um direito comum passa por uma reflexão sobre as lógicas jurídicas, especialmente a do formalismo racional do Direito, em que a arbitrariedade se encontra ignorada, dotada de uma eficácia simbólica que não permite *pensar o múltiplo*, ora reduzido à alternativa binária⁶⁴³ ou à influência tranquilizadora da unidade e da estabilidade do espaço normativo, identificado com a autoridade do Estado e a ordem normativa organizada em torno da lei⁶⁴⁴.

Então, essas são apenas algumas das revelações de que a hierarquia lógico-sistemática tida em Kelsen, na qual uma norma fundamental assegura a unidade e a validade ao longo da pirâmide, supostamente de forma linear e estável, não dá conta da complexidade do cenário contemporâneo, em particular, de um direito internacionalizado. Mais conveniente seria falar em “pirâmides inacabadas ou hierarquias descontínuas”, não porque tenha desaparecido toda a hierarquia, mas porque mudou o desenho⁶⁴⁵.

A mudança de desenho implica recomposição da paisagem e na cruzada deste trabalho, uma tarefa comprometida com uma exploração hermenêutica, que rompe com a absolutização da lógica sistemático-formal e do monólogo de cariz kelseniano, que não admite ‘co/ordenação’ entre direito interno e internacional⁶⁴⁶ e se compromete com a fluidez da história institucional do direito, com a realidade presente e sua projeção futura. Talvez por renderem homenagens à lógica sistemático-normativista é que as decisões do Supremo Tribunal Federal e mesmo a doutrina, como já comentado, não tenham logrado êxito em compatibilizar as normas internacionais de direitos humanos e as normas constitucionais sem prescindir da racionalidade hierárquica.

Por exemplo, para Delmas-Marty, a descontinuidade do processo normativo deve-se principalmente ao recuo da lei em proveito de um direito não escrito – jurisprudencial e internacional -, ou em uma descontinuidade

⁶⁴³ Cf. prefácio da obra de DELMAS-MARTY, Mireille. In: **Por um direito comum**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

⁶⁴⁴ *Ibid.*, p. 46.

⁶⁴⁵ *Ibid.*, p. 86.

⁶⁴⁶ *Ibid.*, *loc. cit.*

temporária como expressão de um processo inacabado de “constitucionalização” e “internacionalização” da normatividade⁶⁴⁷.

A realidade multisistemática da Comunidade Europeia é um caso à parte⁶⁴⁸, embora recentemente esteja dando alguns sinais de desgaste, em particular pelo surgimento de um movimento nacionalista por parte de partidos políticos de alguns países e que chegaram ao parlamento europeu, os quais culpam a União Europeia pela crise econômica⁶⁴⁹. Mas, de qualquer sorte, ainda que tenha que se restringir a análise ao espectro da realidade brasileira, não se pode dizer que se trata de um problema da Constituição ou de suas opções – seria um retrocesso jurídico-social – mas do modo como se instrumentaliza a Constituição, ou mais diretamente, de como se interpretam ou de como se restringem suas possibilidades, paradoxalmente, inclusive, através do próprio uso do controle de constitucionalidade.

Outrossim, também são as incertezas das relações hierárquicas (interno-internacional) e das tradicionais técnicas ineficazes oriundas dessa relação, como por exemplo, a margem de apreciação nacional e a primazia da norma mais favorável, que permitem o espaço para pensar outras possibilidades de consolidação da internacionalização do direito constitucional

⁶⁴⁷ DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 88.

⁶⁴⁸ “Uma descontinuidade dupla, pois não há somente interrupção parcial da cadeia normativa entre direito interno e direitos europeus, mas também interrupção quase total entre o direito da Comunidade Europeia e o da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. [...] Do direito interno aos direitos europeus, existe uma hierarquia, e a norma europeia prevalece sobre a lei interna. Enfim, do direito interno ao direito europeu, a descontinuidade também se deve à incerteza sobre o lugar da norma europeia em relação à norma constitucional. Elas são ambas ‘supralegislativas’ [...] É verdade que a simetria é apenas aparente entre dois sistemas, um dos quais constitui uma verdadeira ordem jurídica supranacional, a ordem comunitária, cuja primazia sobre o direito interno é consagrado expressamente pelo próprio tratado; enquanto o outro, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, desempenha um papel subsidiário em relação às ordens jurídicas nacionais cujas normas ela não suplanta, esforçando-se somente em completá-las e em corrigi-las quando necessário, sem criar uma verdadeira ordem jurídica que teria sua própria coerência. Todavia, a diferença tende a esmorecer a medida que se afirma a jurisprudência da Comissão e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”. Ibid., p. 92-96.

⁶⁴⁹ Cf. COIMBRA, Márcio. Terremoto Político na Europa. **Brasil Post**, 28 maio 2014. Disponível em: http://www.brasilpost.com.br/marcio-coimbra/terremoto-politico-na-europa_b_5400454.html Acesso em: 15 set. 2014; RABIN, Cláudio Goldberg. Saiba quem e o que defendem os principais partidos de extrema direita da Europa; Grupos nacionalistas contra a União Europeia ganharam espaço nas últimas eleições do Parlamento Europeu. **Zero Hora**, 30 maio 2014. Disponível em: <http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2014/05/saiba-quem-e-o-que-defendem-os-principais-partidos-de-extrema-direita-da-europa-4513968.html> Acesso em: 15 set. 2014.

no mundo globalizado. Mais uma vez, não se pode perder de vista que o modelo monista kelseniano apenas admite a primazia da ordem estatal nacional sustentada pela lógica da pirâmide, mas no entanto, no cenário complexo contemporâneo, as insuficiências desse modelo são facilitadoras dos desvios das autoridades internas dos Estados. Esse é ponto preocupante, isto é, como compatibilizar ou prescindir dessas metodologias, tipicamente positivistas, baseadas em margem de discricionariedade e imposição de ordem, em razão da internacionalização do direito e do constitucionalismo contemporâneo, sem descuidar-se da democracia e da segurança jurídica.

A recomposição da paisagem, portanto, passa pela possibilidade de se criar condições de desenvolver uma racionalidade transversal ou alternativa, a partir da Constituição – nem vertical nem horizontal⁶⁵⁰ – e que tenha no diálogo hermenêutico a estrutura favorecedora de ‘pontes de transição’ das habituais referências estatal e lógico-sistemática das (des)ordens, rompedora dos dilemas tradicionais (monismo/pluralismo) e que busque ilidir o distanciamento da “significação teórica da realização prática dos direitos humanos”⁶⁵¹. De outro lado, a manutenção do atual cenário continuará a deixar reféns de um constitucionalismo autista, provinciano e autossuficiente, ou se caminhará para um constitucionalismo imperial como *ultima ratio* do social⁶⁵², refratário à multiplicidade de sistemas institucionais existentes (regionais, locais e supraestatais, entre outros)⁶⁵³ e, sobretudo, às dimensões interpretativo-normativas do Direito.

A imperatividade hierárquica deve ser substituída por uma nova ideia de consolidação da normatividade constitucional, para além do formalismo, da sobreposição normativa, da prescritibilidade estritamente positiva, e sim de um

⁶⁵⁰ DELMAS-MARTY, Mireille. **Les forces imaginantes du droit (II): Le pluralisme ordonné**. Paris: Seuil, 2006. p. 37.

⁶⁵¹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2010. p. 597.

⁶⁵² NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 51.

⁶⁵³ BUSTOS GISBERT, Rafael. Diálogos jurisdiccionales en escenarios de pluralismo constitucional: la protección supranacional de los derechos en Europa. In: Ferrer MacGregor, Eduardo; Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coord.) *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, T. IX: **Derechos humanos y tribunales internacionales**. México: UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008 e **Pluralismo Constitucional y Diálogos Jurisprudenciales**. México: Porrúa, 2012. p. 754.

direito gerado e enraizado de forma mais criativo-produtiva, sem descair em discricionariedade ou absolutismo interpretativo, como se observou na exploração dos primeiros capítulos.

O diálogo nesse cenário vem resgatar o modo-de-ser democrático e produtivo da interpretação do/no Direito, na medida em que prescinde das dicotomias tradicionais isolacionistas (interno-internacional, direitos humanos-direitos fundamentais, p. ex.), para empreender uma substancializadora modalidade dialógica e construtiva baseada na colaboração e enriquecimento recíproco, objetivando a criação (ou recuperação) de um espaço jurídico comum em matéria de direitos humanos⁶⁵⁴.

Ora, desde a virada do antigo regime para o Estado Liberal, da metodologia dos códigos que buscavam aprisionar a realidade no enunciado dos textos já se sabia que a sintática não dava conta dessa cobertura e nem mesmo a subsequente semântica da distinção entre texto e norma conseguiu superar essa deficiência. Na realidade, ambas as correntes metodológicas (sintáticas e semânticas) se traíram pela linguagem, ou melhor, por desconsiderar a dupla estrutura da linguagem, em particular, o horizonte hermenêutico da linguagem - aquele que se compromete com o mundo prático - rendendo-se ao mundo formal e abstrato dos discursos lógicos.

Por certo, a questão é mais complexa, não se trata de desprestigiar os textos, mas de como se lidar com eles, é uma questão de compreensão que, como já destacado, é um acontecimento histórico-linguístico que dá conta dos projetos de sentido. Na realidade, o tempo - a historicidade - é a verdadeira fonte do direito, pois é o elemento que constitui e condiciona o intérprete em um movimento implicado que vincula passado-presente-futuro. Não há espaço para abstrações, há sempre um sentido que orienta a compreensão e do qual não se pode prescindir sob o prisma hermenêutico.

Em alguma medida convergem as ideias de Delmas-Marty quando diz que a geração do direito que se organiza de forma linear e unilateral, isto é,

⁶⁵⁴ GARCÍA ROCA, Javier; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; BUSTOS GISBERT, Rafael. La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo. In: GARCÍA ROCA, Javier; SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Pablo Antonio; SANTOLAYA MACHETTI, Pablo; CANOSA USERA, Raúl. (Orgs.) **El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos**. Madrid: Civitas, 2012. p. 73 *et. seq.*

baseado na emissão da norma (legislativo) e seu recebimento (e interpretação) pelo juiz, constitui-se em uma concepção hermética que coloca o direito isolado de qualquer contexto, encobrendo um duplo esquecimento: do Outro (interlocutor-juiz) e dos Outros (sociedade)⁶⁵⁵. Indo além, o esquecimento, seja ele duplo e/ou divisível revelará, também, que a normatividade jurídica vista somente pelo lado hierárquico é, em regra geral, sempre descompromissada com o Outro, portanto, sempre de maneira não-dialógica. Assim é toda e qualquer interpretação que não partilha sentidos, ou quaisquer teorias que não conseguem superar a relação sujeito-objeto e a discricionariedade positivista.

Neste tocante também é interessante a descrição usada por Delmas-Marty quando, em uma análise crítica que também se dirige à herança positivista na realidade típica francesa, discorda do papel exercido pelos princípios gerais de direito, usados na experiência jurisprudencial e doutrinária, como limitadores da discricionariedade do juiz. Para a autora, em uma ordem 'deslegalizada', para além da imprecisão semântica, o fato de que os princípios gerais de direito (escritos ou não-escritos) possam ocupar lugar variável na hierarquia das normas é perturbador, de maneira que alcançar uma solução adequada para essa problemática talvez seja mostrar que a própria ideia de hierarquia esteja, se não ultrapassada, pelo menos presa em enredamentos mais complexos. Por isso a imagem da pirâmide já não é suficiente para descrever uma paisagem fragmentada⁶⁵⁶.

É perspicaz a avaliação de que a legitimidade dos sistemas de direito parece escapar a qualquer tratamento científico, uma vez que sua fundamentação em valores e em crenças não expressamente formuladas ou em ideologias são verdades impossíveis de demonstrar, enfim, uma reduzida prática de dominação⁶⁵⁷, mormente quando constituída a partir do autor ou do destinatário da norma⁶⁵⁸.

A construção de uma ideia dialógica como estruturante da compreensão atua diretamente em novos horizontes para a normatividade jurídica, pois

⁶⁵⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 72-73.

⁶⁵⁶ Cf. *Ibid.*, p. 73-84.

⁶⁵⁷ *Ibid.*, p. 180.

⁶⁵⁸ *Ibid.*, p. 182.

prescinde das práticas típicas de dominação referidas por Delmas-Marty, especialmente, quando legitimadas pelo papel dos direitos humanos. Não se pode olvidar que o fenômeno da “constitucionalização do direito” contemporâneo assentado na emergência dos direitos do homem no direito interno é, em larga medida, consequência da internacionalização iniciada pela Declaração Universal de 1948 e consolidada pelos demais instrumentos internacionais de direitos humanos.

Todavia, a dificuldade de “pensar o múltiplo” ou de qualificar a constituição da normatividade jurídica são efeitos colaterais da ordem monológica, precisa, silogística e de valores homogêneos, quando, por outro lado, a verdade é que o Direito, além de não pertencer aos juristas, evoluiu sem eles, às vezes à revelia deles, para uma complexidade que não basta deplorar, mas que se deve mesmo esforçar-se em “pensar”⁶⁵⁹.

Por isso é que o compromisso dos constitucionalistas e dos intérpretes em geral com o Direito não lhes exime de considerar a normatividade emergente dos tratados internacionais, mormente em razão do caráter ontológico de sua fundamentação: os direitos humanos. De toda a forma, não se quer construir um modelo baseado num formalismo ritualístico que alberga a legitimação simbólica da melhor justiça – o que seria a manutenção da velada arbitrariedade – mas com o intuito de compartilhar proposições no sentido de auferir respostas democráticas no Direito e coerentes com os direitos humanos.

Na realidade, somente a consideração da existência de um novo paradigma que aponte para um processo hermenêutico produtivo e rompa com as algemas autoritárias do modo monológico de conhecimento, criará novas perspectivas de construção da normatividade. A emergência de novos vínculos de relacionamento jurídico entre fontes e sistemas como a “coordination par entrecroisements e/ou harmonisation par rapprochement”⁶⁶⁰ não prescinde da preocupação da constituição de sentidos que orientam essas estruturas. Por

⁶⁵⁹ DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 202.

⁶⁶⁰ Cf. coordenação por entrecruzamento e/ou harmonização por aproximação (Tradução nossa) na forma usada por Delmas-Marty. In: **Les forces imaginantes du droit (II): Le pluralisme ordonné**. Paris: Seuil, 2006. p. 37 *et seq.*

isso que os diálogos hermenêuticos nesta realidade são condição de possibilidade de qualquer vir-a-ser revelado através dessas estruturas.

Além de estar em jogo a possibilidade de uma internacionalização do direito constitucional, está antes de tudo posta a necessidade de transformação cognitiva do Direito em todas as suas faces, ao fim de dar cabo ao que Delmas-Marty estabelece como uma das características da refundação dos poderes: “la refondation des pouvoirs institués (exécutif, législatif et judiciaire) appelle en effet de nouvelles articulations entre compétences internationales et nationales”⁶⁶¹.

Assim, no que se pode concordar com Alcalá, por certo o desafio está em superar as resistências provocadas por preconceitos, juízos prévios e paradigmas de pensamento arraigados em nossa cultura jurídica⁶⁶², no entanto, a solução não se encontra em uma internacionalização do comportamento dos juízes e tribunais, senão no modo como se constrói o Direito. Seria um grande erro envidar esforços para a manutenção do velho paradigma subjetivista, isto é, que a mudança do sujeito seja suficiente para um novo olhar democrático para o Direito. Porém, não se estaria trabalhando com a ideia de diálogo hermenêutico, senão de um diálogo de cunho pragmático dependente da consciência dos intérpretes, sem qualquer comprometimento histórico.

O caminho para novos horizontes hermenêuticos que deem cabo à necessária interrelação entre direito internacional e constitucional não implica se socorrer de abstrações ou de argumentos de confronto formal e material, pois eles furtam a possibilidade de aprendizado recíproco entre fontes e sistemas de direito e renunciam a mediação horizôntica que se dá no diálogo. As dicotomizações e abstrações desse jaez servem apenas para opor “lo constitucionalmente necessário y lo constitucionalmente accesorio” sem, contudo, realizar a Constituição propriamente dita como fuente del Derecho –

⁶⁶¹ [...] a refundação dos poderes instituídos (executivo, legislativo e judicial), chamada, na verdade, de novas articulações entre competências nacionais e internacionais (Tradução nossa). In: **Les forces imaginantes du droit (III)**: La refondation des pouvoirs. Paris: Seuil, 2007. p. 33.

⁶⁶² ALCALÁ, Humberto Nogueira. Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011. **Estudios Constitucionales**, Año 10, Nº 2. ISSN 0718-0195. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, p. 60.

“origen mediata e inmediata de derechos y de obligaciones”⁶⁶³, pois suas preocupações são de ordem metodológico-sistemáticas, e não hermenêuticas.

Por exemplo, a própria defesa de muitos internacionalistas de que há necessidade de uma margem de apreciação nacional na recepção do direito internacional pelo direito interno, de fato e de direito, não existe. Não há qualquer espaço de exercício interpretativo na aplicação da norma internacional, mormente pela simples razão de que o direito internacional - tratados internacionais de direitos humanos – quando aplicado, já é direito nacional ante a sistemática (hierárquica) de recepção adotada pelo Brasil. A verdade é que as abstrações, diante da cisão entre direito internacional e direito interno, não passam de teorização sem aplicação, estão longe de serem produto de uma fusão dialógica.

E essa fusão (dialógica) não se confunde exatamente com a proposta de Delmas-Marty quando, ao abordar a realidade europeia, afirma que a busca por “padronização” estabelecerá a aproximação de uma média aceitável por todos⁶⁶⁴ numa espécie de *guideline* interpretativa dos direitos humanos resultante da atividade das Cortes Nacionais e Internacionais. Embora os diálogos hermenêuticos também reivindicuem uma superação da lógica clássica de normas absolutas (dos códigos e fábricas de leis⁶⁶⁵) e de sistemas hierarquizados, a construção de uma *guideline* ou de *standards* de racionalidade somente tem sentido no horizonte da hermenêutica filosófica, isto é, dos discursos enraizados e partilhados ontologicamente, e não como produto da dinâmica de uma práxis judicial pragmaticista e monológica.

Todavia, enquanto não se está diante da sobreposição ou acavalamento de sistemas jurídicos, como acontece na Europa quando se fala do direito comunitário ou da convenção europeia de direitos humanos, é preciso mudar o foco e trabalhar em um novo modelo interpretativo que potencialize as possibilidades normativas da própria Constituição. Conforme Canotilho, as Constituições nesse cenário continuam a exercer sua função e valor, no

⁶⁶³ Cf. RUBIO LLORENTE, Francisco. **La forma del poder**: Estudios sobre la Constitución. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 50 *et seq.*

⁶⁶⁴ *Ibid.*, p. 125.

⁶⁶⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 215 *et seq.*

entanto longe do isolamento estatal ou de castelo, para viver num ambiente de rede, sem perder as suas funções básicas (ou desvios genéticos) que constituem seu DNA constitucional⁶⁶⁶⁻⁶⁶⁷, funcionando como “meios de troca” e não como estruturas de fechamento, como característico dos modelos vinculados aos limites territoriais dos Estados encastelados na soberania formal. A interconstitucionalidade de Canotilho, por exemplo, invoca a interorganizatividade e a interculturalidade constitucional, uma vez que “o papel *integrador* dos textos constitucionais implica também inserir conteúdos comunicativos possibilitadores da estruturação de comunidades inclusivas”⁶⁶⁸.

Então, o traçado aponta no sentido de se buscar uma nova racionalidade baseada na valorização do modo-de-ser dialógico e dos princípios constituídos a partir de padrões e conquistas democraticamente construídas, embora não se desconsidere a permanente tensão entre os sistemas de direito, os desvios jurídicos e políticos e o efetivo dever para com os direitos humanos, mormente considerando a realidade de sociedades sob a forte influência estamentista-patrimonialista, como a brasileira. Numa nova perspectiva, o Direito Constitucional e o Direito Internacional (tratados internacionais de direitos humanos) fertilizam-se reciprocamente, internacionalizando não apenas os conteúdos do Direito Constitucional, mas também o seu modo de produção, sua legitimidade e formas aplicação.

Por isso, essas “novas lógicas” autorizam trilhar por um novo caminho, não mais limitadamente monológico, mas abertamente dialógico e transparente⁶⁶⁹, dando conta da adequada normatividade emergente da Constituição e do processo de internacionalização do Direito nessa quadra da história. Contudo, convém deixar registrado que o modelo europeu de proteção

⁶⁶⁶ Não adota-se aqui a ideia de interconstitucionalidade de Canotilho, em razão de que não se defende aqui uma articulação entre Constituições e da afirmação de poderes constituintes com fontes e legitimidades diversas, mas o auxílio dos pressupostos que orientam essa espécie de pluralismo multinível no âmbito do direito constitucional comunitário europeu. Sobre interconstitucionalidade. CANOTILHO, J. J. Gomes. “**Brançosos**” e a **interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2008. p. 265 *et. seq.*

⁶⁶⁷ *Ibid.*, p. 269.

⁶⁶⁸ *Ibid.*, p. 271.

⁶⁶⁹ DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 203.

de direitos humanos, embora funcione, não permite uma tradução política e jurídica para a realidade americana.

As Cortes Internacionais de forma geral representam (ou deveriam representar) uma instância revisora das decisões dos tribunais nacionais violadoras de direitos humanos consagrados, exigindo, em última análise, uma espécie de sistema protetivo linear entre juízes nacionais, regionais e supranacionais. Trata-se de um fenômeno contemporâneo qualificado como 'judges judging judges'⁶⁷⁰ e onde as Cortes Supremas nacionais não seriam supremas⁶⁷¹, pois em matéria de respeito aos direitos humanos nenhum Estado poderia defender a tese de que as decisões de seus tribunais são definitivas. No entanto, essa sobreposição (hierárquica) não surtiria efeitos práticos na realidade brasileira, justamente pela polarização acentuada de poder e dos discursos ideologizantes ainda muito presentes.

Ainda sim, para isso, seria despiciendo dizer que a hierarquização normativa supranacional (direito comunitário) ou autônoma (convenção europeia de direitos humanos), pois num ou noutro caso, nenhuma delas prescindiria de uma atividade interpretativa. Não é por menos que Delmas-Marty destaca que a Convenção Europeia dos Direitos do Homem é uma expressão de cultura política e jurídica comum dos Estados criadores da Comunidade Europeia, onde os direitos do homem atuam com a dupla função interpretativa e legitimatória das suas escolhas⁶⁷² e, portanto, como força central das Constituições democráticas do segundo pós-guerra.

Por isso é importante repisar que não se está trabalhando em uma proposta de enfraquecimento do direito interno dos Estados, da atuação supranacional das cortes internacionais ou ainda de completa autonomia dos juízes⁶⁷³. O que se quer, fundamentalmente, é transformar as condições de possibilidades que orientam os canais de comunicação, com a finalidade de, no

⁶⁷⁰ Expressão usada por SLAUGHTER, Anne-Marie. **A new world order: government networks and the disaggregated State**. Princeton: Princeton University Press, 2004. p. 91 e 101.

⁶⁷¹ REY CANTOR, Ernesto. REY ANAYA, Angela Margarita. **Medidas provisionales y medidas cautelares em el sistema interamericano de derechos humanos**. Bogotá: Editorial Temis S/A, 2005. p. 293.

⁶⁷² DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 203.

⁶⁷³ Cf. Id. **Les forces imaginantes du droit (III): La refondation des pouvoirs**. Paris: Seuil, 2007. p. 42.

futuro, se avance talvez para essa estruturação. Em última *ratio*, somente a sedimentação teórica que instrumentalize a mudança de racionalidade interpretativa – de monológica à dialógica – poderá modificar a cultura relacional entre fontes e sistemas e, com isso, auxiliará os interessados – vítimas, familiares, juristas, políticos e ativistas, entre outros – enfim, defensores dos direitos humanos, para que tenham instrumentos que excetuem as condutas de países violadores de direitos humanos e que possam desfrutar do devido processo constitucional em qualquer nível.

Esta hipótese de pluralismo ordenado convida a abandonar a oposição binária entre relação hierárquica (subordinação de um sistema para outro) e a relação não-hierárquica (coordenação) para considerar um processo de interação mais sutil, muito como reflexo de vários pluralismos. (Tradução nossa)⁶⁷⁴

Portanto, se trata de uma proposta que visa a fomentar o caráter transformativo e autônomo do Direito na realidade contemporânea e não de mais uma afirmação da onipresença do Estado e da Lei. As aproximações entre sistemas e fontes de Direito como produto de uma reciprocidade que condiciona a coordenação de formas democráticas de construção do direito têm nos diálogos hermenêuticos sua condição de possibilidade. A harmonização que resulta de um adequado diálogo hermenêutico de longe é uma busca por unificação hierárquica, senão um efeito da reconstrução da adequada compreensão da normatividade constitucional com a adição interpretativa dos tratados internacionais dos direitos humanos, sem, contudo, entificá-los ou reduzi-los a uma categoria legal típica do ideal liberal-individualista.

A pauta dos instrumentos internacionais de direitos humanos, enquanto fontes de aproximação internacional do Direito e de ampliação da normatividade constitucional, no cenário já descrito nos capítulos anteriores, perguntam pela mudança de racionalidade, sob o risco de ficarem segregados ao papel menor no sistema e limitados hermeneuticamente. Os direitos humanos na condição de garantia coletiva comprometidos com a dimensão humana não se comunicam com racionalidades autoritárias – definição

⁶⁷⁴ Cette hypothèse du pluralism ordonné invite à renoncer à l'opposition binaire entre relation hiérarchique (par subordination d'un ordre à l'autre) et relation non hiérarchique (par coordination) pour considérer les processus d'interaction de façon plus nuancée, un peu comme le reflet des divers pluralismes. DELMAS-MARTY, Mireille. **Les forces imaginantes du droit (II): Le pluralisme ordonné**. Paris: Seuil, 2006. p. 35.

marcos/linhas normativo-distintivas do espaço estatal – que lhe obnubilam o acontecer, mas, senão com diálogos (hermenêuticos) que os permitam induzir ao pluralismo jurídico e ordenado⁶⁷⁵ e a abertura para um horizonte de possibilidades interpretativas.

É bem verdade que nesse processo o Estado, mesmo não estando como a figura central, deverá integrar-se também em nível de cooperatividade com os demais atores, em uma espécie de obrigação co-originária comprometida com o bem comum e a paz mundial. Na tradução de Peter Häberle, por exemplo, o “Estado Constitucional Cooperativo” se encontraria imerso num “complejo tejido de relaciones inter y supranacionales, así como en la medida en que toma plenamente consciencia de la colaboración internacional y se responsabiliza también de ella como parte de la propia solidaridad”⁶⁷⁶.

Ora, ao se pensar a jurisdição convencional em matéria de direitos humanos como expressão da autonomia constitucional, não se estaria a exigir necessariamente a hierarquização entre ordens, mas apenas a necessária resposta cooperativa dos Estados. Nesse sentido, o compromisso do Estado estaria em permitir a aproximação do direito internacional e do direito constitucional ao fim de corrigir os desvios das decisões de suas próprias instâncias políticas e jurisdicionais quando colocam em risco os direitos humanos.

Logo, em um primeiro momento está a superação fundamental do paradigma tradicional do Direito centralizado na figura do Estado⁶⁷⁷, do autoritarismo, do dogmatismo, os quais ocultam as perspectivas mais integradoras, responsáveis e democráticas orientadas pela premissa dos direitos humanos em constante busca por uma tradição de caráter constitucional, como resultado da coerência e integridade⁶⁷⁸ no âmbito na

⁶⁷⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 111 *et seq.*

⁶⁷⁶ In: **Pluralismo y constitución**. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta. Madrid: Tecnos, 2002. p. 258-259.

⁶⁷⁷ Cf. KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 274.

⁶⁷⁸ Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

jurisdição interna fertilizada pela influência do direito internacional e dos tratados internacionais de direitos humanos.

Por isso é que os direitos humanos gozam de um status de direito de caráter “aespacial” e “atemporal”, visto que se exige e expressa em qualquer tempo ou lugar⁶⁷⁹, de maneira que sua autonomia e normatividade não se limitam à expressão de uma ordem monolítica (hierárquica e autoritária).

O desafio da pergunta constitucionalmente/convencionalmente adequada em sede de direitos humanos tem em sua estrutura a necessidade de aproximação das fontes e a des(hierarquização) das ordens jurídicas interna e internacional. Então, se há um novo modelo de Direito (democraticamente instituído) e de Estado (Constitucional), também há a necessidade, em contraposição às teorias e “hermenêuticas de bloqueio”⁶⁸⁰, de defender-se um novo modo de compreensão da normatividade jurídica, a partir de premissas (democráticas) compreensivo-estruturantes e multialogais mais rígidas e coerentes, inclusive, do que os imperialismos piramidais de cunho eminentemente formais⁶⁸¹.

O Direito e o Estado precisam se preparar para esse rompimento umbilical que não implica separação absoluta, mas uma distinção necessária e indicadora de que a supremacia não é o único ou absoluto critério. Assim, permitirá aflorar uma das vertentes contributivas da autonomia do Direito na complexidade social, tocada pela reconfiguração das relações entre tempo e

⁶⁷⁹ HITTERS, Juan Carlos. El proceso supranacional (El derecho procesal supranacional). **Liber Amicorum**: Héctor Fix-Zamudio. Volumen II. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998. p. 889.

⁶⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. Reflexões hermenêuticas acerca do papel (dirigente) da Constituição do Brasil e os (velhos) obstáculos à concretização dos direitos fundamentais/sociais. In. CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (coord.). **Direitos humanos e democracia**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 403.

⁶⁸¹ De tels échanges préparent le terrain en créant une sorte de communauté informelle des juges; ils ne doivent cependant pas être confondus avec l'internationalisation proprement dite, qui signifie d'abord un extension de la compétence interne au-delà du territoire national - compétence extraterritoriale -, mais aussi, à travers la réception du droit international, des effets d'émancipation, voire d'émulation, qui placent le juge national en première ligne de la mondialisation. DELMAS-MARTY, Mireille. **Les forces imaginantes du droit (III)**: La refondation des pouvoirs. Paris: Seuil, 2007. p. 43.

Esses intercâmbios prepararam o terreno para a criação de uma espécie de comunidade informal de juízes; isso não deve, contudo, ser confundido com a própria internacionalização, que significa uma primeira extensão da jurisdição interna para além do território nacional - a jurisdição extraterritorial - mas também, através da recepção do direito internacional, os efeitos da emancipação ou emulação que colocou o juiz nacional na vanguarda da globalização (Tradução nossa).

espaço (pluralismo), das quais o Direito não está (nem poderia estar) imune enquanto fenômeno social.

Pour les rassurer, il suffit non seulement de constater le désordre actuel, mais aussi de renoncer à la division binaire qui oppose l'interne et l'international et d'admettre que le futur ordre mondial n'annonce sans doute pas l'avènement d'une vision fédérale du monde, mais, plus probablement, celui d'une combinaison de divers modèles, national, international, transnational et supranational (ou, de façon plus neutre, alternational, voire cosmopolite)⁶⁸².

Inequivocamente não se poderia exigir que Kelsen vislumbrasse essas condições baseadas no pluralismo e no tensionamento de forças entre diversos autores naquele momento, de maneira que a atual instabilidade e diversidade no cenário internacional, com direta repercussão nas relações jurídico-políticas dos Estados e na compreensão de segurança frente ao mundo globalizado exige a modificação das estruturas e dos modos de conhecimento tradicionais e ultrapassados.

A relação de reciprocidade crescente entre direito internacional e direito constitucional implica um movimento que reclama, sobretudo, uma transformação do modo de produção e interpretação do/no Direito, mormente, se considerarmos o dever dos Estados e da Sociedade em geral com os direitos humanos. Por essa simples razão, não se pode fazer o cumprimento das obrigações depender estritamente da própria organização estatal, mas também de outros aportes (hermenêuticos) para (des)integração dessa “ordem” e recomposição de uma nova paisagem ao imaginário jurídico. As fronteiras entre o direito constitucional e o direito internacional estreitaram-se apontando para uma progressiva constitucionalização do direito internacional revelando uma dialética com o conteúdo de mesma natureza advindo das organizações internacionais, pactos e convenções de direitos humanos⁶⁸³.

No caso da União Europeia, em particular, a questão da necessidade de abertura internacional do direito constitucional pode ser bem identificada,

⁶⁸² “Para tranquilizá-los, é suficiente não somente constatar a desordem atual, mas também abandonar a divisão binária que opõe o interno e o internacional, e reconhecer que a futura ordem mundial provavelmente não anunciou o advento de uma visão federal do mundo, mas, mais provavelmente, uma combinação de vários modelos, nacionais, internacionais, transnacionais e supranacionais (ou, mais neutra, alternational ou cosmopolita)”. (Tradução nossa). In: DELMAS-MARTY, Mireille. **Les forces imaginantes du droit (III): La refondation des pouvoirs**. Paris: Seuil, 2007. p. 55.

⁶⁸³ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **“Brançosos” e a interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2008. p. 285.

especialmente na relação da Constituição Europeia e as Constituições de seus Estados-partes. Naquela realidade é possível observar uma espécie de pluralismo constitucional multidimensional, onde “la Constitución material se nutre hoy de normas situadas más allá de los Estados y, por tanto, escapan a la posibilidad de definición unilateral por parte de una sola entidad estatal”⁶⁸⁴, onde se pode verificar, à vista disso, um espaço de convivência político-jurídico entre os participantes da comunidade, o qual se guia muito mais por relações de coordenação e colaboração (aprendizagem mútua) do que por relações de hierarquia.

A “ordem”, nestas condições, desaparece na linguagem, não passa de uma abstração ficcionalizante que precisa ser desconstruída para desvelar a essência que lhe sustenta e redirecionar a força (da autoridade estatal e da normatividade) para a linguagem, em busca de *standards* de compreensão democraticamente instituídos. Enfim, um espaço jurídico comum que seja capaz de proporcionar novos marcos teóricos e normativos, ou seja, novos paradigmas hermenêuticos para uma paisagem a ser recomposta.

A relação de compartilhamento (doutrinário e jurisprudencial) que esse espaço comum pode proporcionar às decisões políticas e, sobretudo, judiciais, é de grande valor hermenêutico, na medida em que se constitui em elemento objetivo de coerência e integridade interpretativa e ampliação do espectro de normatividade constitucional, contemplativa de direitos humanos em última *ratio*.

Os diálogos, enquanto modo-de-ser hermenêutico, são capazes de interrogar as práticas que não conseguem preencher o espaço havido pela tensão entre a plenitude de ordem jurídica e sua supremacia (hierárquico-normativista) e o processo de ampliação da normatividade constitucional englobante do direito internacional. E, nesse espaço, se inserem os direitos humanos e seus instrumentos internacionais de proteção como componentes

⁶⁸⁴ BUSTOS GISBERT, Rafael. Diálogos jurisdiccionales en escenarios de pluralismo constitucional: la protección supranacional de los derechos en Europa. In: Ferrer MacGregor, Eduardo; Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coord.) La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, T. IX: **Derechos humanos y tribunales internacionales**. México: UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008 e **Pluralismo Constitucional y Diálogos Jurisprudenciales**. México: Porrúa, 2012. p. 754.

da formação-consolidação de uma nova racionalidade hermenêutica para uma realidade jurídica pluridimensional de caráter constitucional e internacionalizada.

Por isso, atenua-se a dicotomização ou sobreposição tradicional (fragmentária) entre ordens jurídicas (interna e internacional) para se reivindicar uma recomposição da paisagem no Direito, como consequência do fenômeno de internacionalização social e apanhamento abrangente do direito constitucional internacional (tratados, organizações internacionais, comunidades econômicas entre outras). Nesse cenário, a Constituição atua como reguladora dessa nova tensão entre interesses sociais e necessidade de evolução da normatividade desbordante das fontes em benefício dos direitos humanos e dos espíritos de comunidade e solidariedade que movem os Estados à celebração dos instrumentos internacionais protetivos da pessoa humana.

5.2 A DICOTOMIA ENTRE DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: DE UMA QUESTÃO SECUNDÁRIA À PERGUNTA PELA INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DA EMENDA Nº 45/2004 (INTRODUÇÃO DO § 3º NO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL)

A partir dessa nova realidade, a dicotomia entre direitos humanos e fundamentais apresenta-se como uma típica questão que requer um olhar hermenêutico, na medida em que é capaz de revelar que a positivação dos direitos humanos, como resultado de uma secular mitologização da lei⁶⁸⁵, apenas formalizou-os em direitos fundamentais. Todavia, a inadequada compreensão desse processo histórico foi suficientemente determinante para a cisão entre direitos humanos e fundamentais e a segregação dos direitos humanos ao nível internacional.

⁶⁸⁵ Essa expressão é uma referência usada por Vicente de Paulo Barretto, tida em Peter Fitzpatrick, como crítica ao movimento da Idade Moderna, tendo em Hobbes sua maior expressão, em contraposição a cultura clássica. A racionalidade da modernidade que procurou superar a mitologia clássica, não passou de uma mitologização moderna e renovada, do divino à inviolabilidade e transcendência da lei (normativa, geral e abstrata). In: **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 18-19.

É bem verdade que uma busca terminológica não se restringiria a essas duas expressões – embora sejam as mais significativas e comuns – pois, se poderiam usar outras tantas como liberdades públicas, liberdades fundamentais, direitos naturais, direitos do homem, direitos civis⁶⁸⁶ e assim por diante, porém isso não é tão relevante.

Do ponto de vista hermenêutico (filosófico), considerando que o compreender demanda uma consciência e um processo histórico, toda a vez que se fala em direitos fundamentais fenomenologicamente já poderia vir à lume a tradição desde o direito natural, especialmente ao se considerar o seu processo de afirmação histórica, como revela a narrativa de Fábio Konder Comparato⁶⁸⁷.

Como em parte destaca Ingo Sarlet⁶⁸⁸ - e de forma bastante elucidativa o faz Plínio Melgaré -, o cerne da diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais estaria na questão da positivação dos direitos humanos na ordem jurídica dos Estados e de sua principiologia constitucional, quando passaram a adquirir a terminologia de direitos fundamentais⁶⁸⁹. Todavia, de maneira alguma essa diferenciação teria implicado qualquer cisão ou separação, pois há, no mínimo, uma relação “genética” entre ambos.

Os direitos humanos, em particular, estão em uma dimensão superior e transpositiva, como diz Melgaré⁶⁹⁰ e, portanto, de validade universal e objetiva, pois estão inextricavelmente inseridos na tradição dos direitos fundamentais, de maneira que a sua diferença é meramente ontológica, hermeneuticamente falando. Com efeito, a compreensão acerca dos direitos fundamentais é sempre uma compreensão dos direitos humanos, a qual por sua vez é sempre também uma compreensão da história evolutiva dos direitos naturais.

⁶⁸⁶ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 29.

⁶⁸⁷ In: **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁶⁸⁸ SARLET, op. cit., p. 30 *et seq.*

⁶⁸⁹ In: Direitos Humanos: uma perspectiva contemporânea – para além dos reducionismos tradicionais. **Revista de Informação Legislativa**, ano 39, nº. 154, abr./jun. 2002. p. 73 *et seq.*

⁶⁹⁰ *Ibid.*, p. 73.

Assim, qualquer compreensão de direitos fundamentais, quando tomada apenas no âmbito causal e abstrato, é falha, pois desconsidera a compreensão histórico-hermenêutica de sua (trans)formação e sonega a esfera de validade dos próprios direitos fundamentais, extraída dos direitos humanos. A visão reducionista, tipicamente positivista, olvida a diferença meramente ontológica entre os dois conceitos, mas que escapa da interpelação do diálogo quando busca recuperar o sentido histórico e compartilhado dos direitos humanos e fundamentais.

Na realidade, embora os direitos humanos tenham surgido como uma reação à ordem jurídica liberal do século XVIII, em um processo de recuperação de um fundamento moral em contraposição à mitologia legal, sua positivação os transformaram em um fetiche para responder às perplexidades e fracassos da lei. Ou seja, na medida em que se buscava uma fundamentação originária de proteção à dignidade, direitos de liberdade e igualdade para o processo legislativo, à totalidade normativa do soberano escorregou para uma totalização dogmática que repetiu o positivismo formalista⁶⁹¹, tal qual se observa hodiernamente, ainda que por outras vestes.

O desdobramento legislativo-normativo ao longo do tempo acabou por contribuir para o desencadeamento desenfreado de formalização dos direitos humanos, todavia, paradoxalmente, contribuiu para o descompromisso com o seu conteúdo ético-filosófico, com seu núcleo moral original (fora do Estado) e, por consequência, para o enfraquecimento de sua normatividade.

A verdade é que os direitos humanos perdem em essência na “abstração da lei” ou em seu uso adjetivo e indiscriminado, pois encontram um lugar desconfortável no texto da lei, nacional ou internacional⁶⁹², colocando em risco sua materialidade normativa. Por certo essa situação se agrava ao se tomar em consideração um contexto interpretativo que conjuga déficit de constitucionalidade, dogmática acrítica, grau zero de sentido e práticas arbitrárias do judiciário. No Brasil, por consequência, a redução dos direitos humanos à lógica jurídico-sistemática acabou por revelar um prejuízo

⁶⁹¹ BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 22-23.

⁶⁹² DOUZINAS, Costa. **O fim dos direitos humanos**. Trad. Luzia Araújo. São Paulo: Editora Unisinos, 2009. p. 373.

hermenêutico sem precedentes. Basta observar o tratamento dispensado aos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, que não é, de fato, compromissado materialmente com os Direitos Humanos.

Ora, na ausência de uma melhor significação teórico-hermenêutica, a reivindicação dos direitos humanos justifica qualquer discurso, mas por outro lado denuncia que nada, também, podem eles significar. Talvez seja essa a grande dificuldade da sociedade e da dogmática em não conseguirem observar os direitos humanos como instância crítica da racionalidade legislativa dos Estados e do formalismo conceitual da comunidade jurídica, senão reduzindo sua compreensão pela via hierárquico-normativista, na qual os direitos fundamentais e a ordem interna são seu ponto de estofo.

Nesse cenário, a crise do paradigma normativista colabora diretamente com a dificuldade histórica da dogmática jurídica em lidar com a complexa realidade social contemporânea e de um Judiciário, regra geral, preparado apenas para lidar com conflitos interindividuais, próprio de um modelo liberal-individualista. A negação de um novo contexto obstaculiza o alvorecer de uma nova racionalidade (dialógica) para o enfrentamento dos problemas decorrentes da transindividualidade emergente do novo modelo de Estado Democrático de Direito inaugurado em nossa Constituição Federal⁶⁹³ e do modelo constitucional do segundo pós-guerra.

Com efeito, os discursos (da dogmática e do Judiciário) nesse paradigma não conseguem senão reproduzir desigualdade social, na medida em que estão sustentados por modelos autoritários que apostam na onisciência do sistema, na casuística do protagonismo judicial e das práticas corretivas do Direito⁶⁹⁴, como também se esgotam na dependência da “boa vontade” (retórica) dos discursos de poder das autoridades políticas.

A utopia dos ideais dos direitos humanos é o paradoxo do crescente número de textos legais e seu sistemático desrespeito⁶⁹⁵. E, por isso, é preciso

⁶⁹³ STRECK, Lenio Luiz. **Heremênutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 62-63.

⁶⁹⁴ *Ibid.*, p. 18-19.

⁶⁹⁵ BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 32.

(re)ontologizar o debate, uma vez que a separação entre direitos humanos e direitos fundamentais, por se tratar de uma abstração semântico-ficcionalizante que se perdeu na teoria (cientificista), abriu espaço para discursos semanticistas que abstraem a historicidade entre os conceitos e sonegam a dimensão prática da compreensão.

O diálogo gadameriano através da fusão de horizontes, traz em sua estrutura o compromisso com a dimensão prática do ser humano e sua relação com a história, pois é a partir da tradição que linguagem e experiência se aproximam:

A tradição de linguagem é tradição no sentido autêntico da palavra, ou seja, aqui não nos defrontamos simplesmente com um resíduo que se deve investigar e interpretar enquanto vestígio do passado. O que chegou a nós pelo caminho da tradição de linguagem não é o que restou, mas é transmitido, isto é, nos é dito – seja na forma de tradição oral imediata, onde vivem o mito, a lenda, os usos e costumes, seja na forma da tradição escrita, cujos signos estão destinados de certo modo destinam-se diretamente a todo e qualquer leitor que esteja em condições de os ler⁶⁹⁶.

Essa abrangência sólida que a hermenêutica pode proporcionar indica que a opção pela terminologia dos direitos humanos é mais adequada, pois remonta à questão da institucionalização-positivação dos direitos humanos como elementares. Logo, esse recorte está no cerne da problemática, na medida em que a própria dicotomia entre direito internacional e direito interno também figura como pano de fundo da tese, embora não seja intuito empreender uma cruzada para a discussão semântico-terminológica de ambas as expressões.

Buscando auxílio em Pérez Luño, que em sua obra faz um extenso escorço evolutivo e linguístico dos direitos humanos, partindo de uma crítica oriunda da pergunta “¿Qué son los derechos humanos?” em um particular diálogo hermenêutico – ainda que não declarado -, o autor justifica a ideia dos direitos humanos a partir de uma conjugação de fatos históricos e de exigências de dignidade, liberdade e igualdade reconhecidas positivamente a

⁶⁹⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 12. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2012. p. 504.

nível nacional e internacional⁶⁹⁷. Em outras palavras, o que se explica fenomenologicamente, o autor busca contemplar as duas grandes dimensões que integram a noção dos direitos humanos, isto é, “la exigencia iusnaturalista respecto a su fundamentación y las técnicas de positivación y protección que dan la medida de su ejercicio”⁶⁹⁸ e os fatos históricos ao longo de seu desenvolvimento.

No fundo, a celeuma, como denuncia Pérez Luño, e que também é uma crítica da hermenêutica, sobretudo ao positivismo (e, portanto, à filosofia analítica), é que a variedade de definições sobre “derechos humanos reposan em la creencia, muy improbable en la práctica, de que una definición puede revelar todos los fenómenos efectivamente cubiertos por una palabra”⁶⁹⁹.

Logo, trata-se de uma questão de linguagem não alcançada pelo positivismo, justamente por se descuidar da tradição e da historicidade do ser, onde a racionalidade lógica, “o han sido empleadas de forma arbitraria, desviándolas de su significación usual”⁷⁰⁰, isto é, se perdem na transmissão desontologizada e por consequência fazem nascer ideias falsas e podem conduzir a calamidades nacionais⁷⁰¹.

No entanto, com base na lição de Pérez Luño, embora os positivistas neguem, os direitos humanos são uma prolongação dos direitos naturais. Conforme afirma o autor espanhol, há um problema de gênese histórica, o qual alcança também a expressão “direitos fundamentais” surgida na França a partir do ano de 1770 em um movimento político e cultural que conduziu à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Mas, para Pérez Luño, foi a partir da Lei Fundamental de Bonn de 1949, na Alemanha, que a doutrina passou a entender os direitos fundamentais como direitos humanos positivados⁷⁰².

⁶⁹⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2010. p. 50.

⁶⁹⁸ Ibid., p. 53.

⁶⁹⁹ [...] repousam na crença, muito improvável na prática, de que uma definição pode revelar todos os fenômenos cobertos por uma palavra (tradução nossa). Ibid., p. 28.

⁷⁰⁰ [...] o tem sido empregadas de forma arbitraria, desviando-as de sua significação usual (tradução nossa). Ibid., p. 29.

⁷⁰¹ Ibid., p. 30.

⁷⁰² Ibid., p. 32.

Outrossim, não se pode deixar de registrar o apontamento que Barretto faz em relação às raízes ideológicas da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, após terminada a 2ª Guerra Mundial. Refere o autor que na comissão da UNESCO para as Bases Filosóficas dos Direitos Humanos havia duas grandes correntes de pensamento filosófico e político, de um lado os que procuravam uma fundamentação naturalista e de outro uma fundamentação historicista. A corrente jusnaturalista defendia que os direitos humanos são direitos naturais que pertencem à essência humana, logo anteriores e superiores à sociedade. A corrente historicista defendia que o homem está imerso no processo histórico de diferentes sociedades e, por consequência, possui direitos de conteúdo variável, sujeitos às mudanças da evolução histórica⁷⁰³.

Do plano teórico da divisão à prática, a Declaração foi resultado de um denominador comum⁷⁰⁴, em que as correntes buscaram a oportunidade de reconhecer os pontos positivos de ambos os lados para a constituição e aprovação do documento histórico em 1948⁷⁰⁵.

Disso, a revelação que deve ficar assentada, novamente, é que não foi a cisão ideológica que contribuiu para a consolidação, embora se possa dizer que o consenso obtido na constituição do documento tenha contribuído diretamente para a manutenção da celeuma entre as correntes e, por essa razão, para o enfraquecimento teórico dos direitos humanos ao longo do tempo. Todavia, ainda que não se negue a importância da Declaração para

⁷⁰³ BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 32.

⁷⁰⁴ Cf. UNESCO. **Human rights**: comments and interpretations; a symposium edited by UNESCO, with an introduction by Jacques Maritain. Paris, 25 July 1948. Disponível em: <http://www.unesco.org/new/es/unesco/resources/online-materials/publications/unesdoc-database/>. Acesso em: 27 de set. 2014.

⁷⁰⁵ “A tradição francesa manteve-se apegada à ideia de direitos humanos como direitos naturais, não obstante o fato de que, após a Revolução, providência imediata tenha sido a de proceder, na Assembleia Nacional, à declaração dos mesmos. Mais tarde, em decorrência do próprio texto de 1789, tornou-se imprescindível a constitucionalização dos direitos humanos. A constitucionalização dos direitos humanos, a partir daí indicados como direitos fundamentais, sucedeu, portanto, sua fundamentalização, antecipada como, paradoxalmente, condição e resultado das revoluções. Os alemães chamaram o processo de incorporação dos direitos naturais nos textos constitucionais, como positividade dos direitos naturais. Essa positividade, ou constitucionalização, não exclui, entretanto, que, sobretudo na tradição inglesa, muitos desses direitos já houvessem sido fundamentalizados”. Cf. MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O paradoxo dos direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR** (Curitiba), n. 52, 2010. p. 33-34.

humanidade, talvez em alguma medida, a necessidade de positivação na ordem interna dos Estados tenha sido a maior confissão da ausência de densidade teórica sobre o tema, pois acabou por privilegiar uma adequação formal, descomprometida com a originalidade, o desenvolvimento teórico-normativo e os objetivos da proteção.

Nesse tocante, a lição crítica de Pérez Luño, mais uma vez se apresentará pertinente para o tratamento hermenêutico dos direitos humanos, uma vez que contribuirá para desocultar o óbvio. E, no óbvio, está oculto o fato de que uma das principais fontes da ambiguidade no manejo dos termos mais usuais da linguagem jurídica e política consiste na tendência irreprimível da razão na “busca pelo incondicionado”⁷⁰⁶, na busca pelas verdades absolutas ou pelo fundamento último, as quais são características típicas da sistematicidade formalista-conceitualista do positivismo, da qual não se excetua o tratamento dos direitos humanos.

Assim, mais razões sobram para dizer que os direitos naturais, os direitos humanos e os direitos fundamentais, apenas para ficar nessa linha, o são na linguagem e, como tais, não autorizam o desprezo de sua dimensão temporal, sob a pena de que as tentativas políticas e jurídicas de fragmentação, típicas da herança da lógica binária do período liberal, obscureçam o acontecer da verdade e o sentido dos direitos humanos. Não se pode perder de vista o caráter pragmático-moral dos direitos naturais e seu processo de positivação como formalização perante o Estado, e sob o pálio de busca por uma adequada proteção, não deveria servir como justificativa contra a própria eficácia. Mais uma vez, se destaca a importância da pergunta como “contraveneno” às leituras apressadas e não-históricas dos conceitos, revelando a imprescindibilidade fenomenológica de qualquer compreensão sustentada na dimensão histórica da experiência.

Observe-se, por exemplo, que a tensão entre jusnaturalistas e historicistas é uma revelação positivista de ambas as correntes, sendo que uma está atrelada ao desprestígio da formalização dos direitos naturais e à procura de um fundamento último, enquanto a outra a juridicidade estaria identificada

⁷⁰⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2010. p. 45.

com o direito positivo e com a centralidade estatal. Desta maneira, ambas as correntes são, em boa parte, responsáveis pelo obscurecimento do debate e do caráter pragmático-interpretativo dos direitos humanos.

As dicotomizações fragmentárias ou abstracionistas não subsistem a uma análise hermenêutica, pois a interrogação posta pela dificuldade interpretativa joga o sujeito num necessário diálogo ao fim de recuperar o mundo prático (hermenêutico) perdido nas essências ideológicas das teorias fragmentárias em busca de respostas tematizadas dentro da realidade fática de nossa existência. Não se deve esquecer que as teorias geracionais ou dimensionais dos direitos fundamentais são meras expressões da identificação com o acontecimento/reconhecimento histórico dos direitos humanos.

Es conveniente recordar que los derechos humanos fundamentales no constituyen un conjunto de elementos independientes que pudieran ser objeto de consideración aislada, reponen históricamente a determinados estímulos e se han plasmado en fórmulas que reflejan unos principios organizativos comunes⁷⁰⁷.

Os direitos humanos obviamente estão identificados com a composição teórico-filosófica que orientou os trabalhos da comissão da UNESCO para a Declaração Universal de 1948. Mas, sobretudo, trazem consigo um eixo crítico e uma carga histórica que orientaram o movimento constitucional que se sucedeu à Declaração Universal, o qual tem como expressão maior a nova tradição inaugurada a partir de sua positivação (em direitos fundamentais) na ordem interna dos Estados. Contudo, essa positivação na ordem interna deve ser observada apenas como uma consequência do processo histórico de constitucionalização permeado de um fenômeno internacional, político e jurídico, também de positivação dos direitos humanos na ordem internacional. Ou seja, a positivação interna dos direitos humanos nominados regionalmente como fundamentais não se traduz como transformação genética, senão apenas linguística, mas que não afeta o reconhecimento e submissão voluntária do próprio Estado (Constitucional) ao regime de controle do sistema internacional

⁷⁰⁷ É conveniente recordar que os direitos humanos fundamentais não são um conjunto de elementos independentes que poderiam ser objeto de consideração isolada, respondem historicamente a determinados estímulos e foram traduzidos em fórmulas que refletem princípios organizacionais comuns (tradução nossa). PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2010. p. 64.

de proteção dos direitos humanos, onde seus atos e omissões, políticos e judiciais, sujeitam-se a avaliação internacional. Enfim, os direitos fundamentais nada podem significar sem recurso histórico aos direitos humanos, assim como, também, ambos nada representariam (normativamente) se analisados cindidamente e sem os efeitos materiais da fertilização dialógica entre Constituição e Direito Internacional. Mesmo porque, os instrumentos internacionais, por exemplo, tem na Constituição dos Estados sua própria condição de possibilidade.

A celeuma interpretativa, até então mal compreendida pela ausência de diálogo (hermenêutico), repercute diretamente na reafirmação da dicotomia entre direitos humanos e direitos fundamentais, como se observa na EC nº 45/2004, no que diz respeito à introdução do § 3º no art. 5º da Constituição Federal. Neste particular, não restam dúvidas da inconstitucionalidade da emenda por olvidar objetivamente a dimensão temporal-histórica, ainda que não linear, que une direitos humanos e direitos fundamentais.

Embora alguns autores defendam que se tratou de um avanço⁷⁰⁸, uma vez que a introdução acabaria com a suposta incerteza de aplicação e do *status* dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, uma análise mais criteriosa revelará muitos problemas interpretativos. Na realidade foi um retrocesso, uma vez que os §§ 1º e 2º do art. 5º seriam suficientes para darem conta dessa dificuldade, bastaria um melhor esforço hermenêutico.

Sem esforço hermenêutico, o que já era supostamente problemático se tornou pior. Observe-se que não houve, de fato, avanço interpretativo, pois aquilo que já era materialmente constitucional, ou seja, que já era expressão da dimensão normativo-constitucional, apenas passou a ter possibilidade de ser formalmente constitucional e, aquilo que detinha caráter de hierarquia legal passaria, na sequência, a gozar de hierarquia supralegal por “interpretação” do Supremo Tribunal Federal. Em suma, nada se construiu, senão apenas se

⁷⁰⁸ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. A Reforma do Judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: observações sobre o § 3º do art. 5º da Constituição. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1338 Acesso em: 29 de set. 2014.

limitou (mais) à esfera dos direitos humanos a realidade normativista-positivista. Resultado: nenhum acréscimo hermenêutico.

Um efeito colateral bastante evidente é o de que a engenhosidade formalista e procedimental cortou, definitivamente, “por lei”, os laços entre direitos humanos e fundamentais. Ao que parece, se já não se havia “fechado” a cláusula aberta do § 1º do art. 5º pelo tratamento de hierarquia legal dispensado aos tratados de direitos humanos pelo Supremo Tribunal Federal, agora, com a Emenda nº 45/2004 logrou-se de vez o intento. Não é por menos que o Supremo, ao reinterpretar a questão não consegue ir mais longe do que a infertilidade da tese da (supra)legalidade.

Outrossim, não se pode abstrair que as conveniências políticas e ideológicas de nosso parlamento não servem como garantia de compromisso com a incorporação constitucional (via emenda) de tratados de direitos humanos, aliás, pelo contrário, pois, se fossem, sequer teriam aprovado a Emenda nº 45/2004 neste tocante. A ritualística introduzida para emendar a Constituição para tratados e convenções de direitos humanos é mais uma barganha de conveniência e reserva de poder do que compromisso com a higidez do sistema ou preocupação com direitos humanos.

Adiante, também se observará que a malsinada introdução do § 3º no art. 5º acabou, ao menos semanticamente, criando uma nova modalidade legislativa ao par daquelas elencadas no art. 59 da Constituição Federal, na medida em que afirma que os tratados e convenções, uma vez observada a ritualística nele prevista, será “equivalentes a emendas constitucionais”. A racionalidade emergente, *prima facie*, permitiria a exegese de que se não há nenhuma previsibilidade constitucional para amparar uma nova espécie modal desta natureza, também não haveria validade material para suportar a inserção realizada no art. 5º pela emenda constitucional comentada.

O problema daí advindo é que não há respostas (normativas) para a “nova espécie legislativa”, senão admitir-se em contradição, pois ou se está diante de uma emenda ou não se está, não há espaço para equiparações constitucionais em nosso sistema. Com efeito, não se apresenta como adequado (formal e materialmente) afirmar que houve uma categorização

constitucional legítima de tratados e convenções de direitos humanos por conta da EC nº 45/2004, na realidade prossegue o insolúvel dilema positivista de admissão destes instrumentos em nosso constitucionalismo, agora agravado pelo conflito entre o que efetivamente é constitucional e o que se entenderia como equiparado à condição constitucional. A equiparação pretendida é um nada jurídico, porquanto, não encontra amparo constitucional.

Eis o problema metodológico-positivista: a dificuldade de achar respostas para as perguntas complexas, ou mesmo, pensando na razão que teria levado a introdução daquele parágrafo no art. 5º da Constituição, o enigma de dar respostas para aquilo que não foi formulado como pergunta (hermenêutica). Na realidade, os §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição nunca foram adequadamente interrogados dentro da história e da principiologia constitucional, de maneira que considerá-los como insuficientes para uma resposta (hermenêutica) à temática dos direitos humanos foi um grande equívoco.

Também, não é possível se olvidar que a introdução do § 3º pela emenda constitucional é objetivamente colidente com os parágrafos anteriores do mesmo art. 5º, pois enquanto o § 1º fala em aplicação automática e o § 2º em não exclusão de outras normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, inclusive, provenientes de tratados internacionais, o § 3º introduz uma “nova” regra de análise da admissão. Ora, não bastasse toda a ritualística que precede a autorização pelo parlamento para a Presidência firmar os tratados internacionais, depois sua ratificação e promulgação, isso apenas para considerar os trâmites internos.

Há outros efeitos colaterais. Um deles pode ser visto como uma contradição fundamental, pois havendo vedação para que emendas constitucionais não violem o disposto no art. 60, § 4º, IV da Constituição, isto é, que não tenham por intuito abolir direitos e garantias individuais, será forçoso concluir que a Emenda Constitucional nº 45/2004 é inconstitucional neste particular. Na realidade, a criticada regra procedimental, além de não ter posto fim à celeuma, acabou por compactuar com a possibilidade de não se constitucionalizar direitos e garantias fundamentais e, por consequência, em admitir que sejam colocados direitos e garantias fundamentais ao patamar da

legislação ordinária, ou como assentou o STF, em nível supralegal. Todavia, num ou noutro caso, sujeitos a qualquer supressão por simples deliberação legislativa.

O conflito com a principiologia constitucional também é bastante evidente, especialmente, quando por ocasião da emenda constitucional passou-se a exigir a observância de quórum diferenciado para a admissão de tratados internacionais de direitos humanos. A limitação de caráter positivista, por não responder a nenhuma pergunta (necessidade) histórica ou cultural, acabou por verticalizar o compromisso constitucional com os direitos humanos e o caráter indisponível dos direitos e garantias no âmbito da Constituição.

Os compromissos originários e abertamente principiologizados da Constituição, os quais vão desde a sua fundamentação na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), aos objetivos fundamentais do (art. 3º), à prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais (art. 4º, II) e à gênese dos direitos e garantias fundamentais a partir do art. 5º da Constituição Federal, não emergiram das respostas *ad hoc* formuladas tanto pelo Congresso Nacional como pelo Supremo Tribunal Federal. A ausência de um costume hermenêutico, associado ao déficit interpretativo e à ausência de bases teóricas sólidas, fizeram com que o núcleo essencial da Constituição não tenha representado o suficiente para blindá-la das aventuras do legislador constitucional derivado e da discricionariedade do judiciário.

A teoria que orientou as posições do legislador constitucional derivado e do Supremo Tribunal Federal, em última análise, olvidaram a autonomia, a liberdade do poder constituinte originário e o caráter hermenêutico do Direito. A Constituição já contava com o mecanismo diferenciado de admissão de normas de caráter constitucional em razão da importância dos direitos humanos; seria o caso, em particular, do § 2º do art. 5º do texto, mas a baixa densidade constitucional (e hermenêutica) dos “operadores do sistema”, ao não conseguirem lidar com a necessidade de construir hermeneuticamente uma resposta a uma possível dificuldade interpretativa, criaram outros problemas.

É interessante observar como o relativismo é perigoso, pois neste caso, deveria surtir efeito a rigidez constitucional e a soberania do legislador

constitucional originário, mas ambos acabaram abstraídos pelo legislador constitucional derivado e pelo STF, os quais, justamente sob esses argumentos, afirmaram que as disposições dos parágrafos do art. 5º não seriam autoaplicáveis. A consequência disso, assim como de todo o pensamento positivista, é “o que se proíbe pela porta da frente é o mesmo que entra pela porta dos fundos”. Assim, discricionariamente silenciou-se a normatividade constitucional.

O legislador constitucional derivado não acertou em restringir a admissão de tratados internacionais de direitos humanos, porque o § 3º não dialoga em nada com a normatividade emergente do art. 5º e seus parágrafos originais, e nem com o todo da principiologia constitucional. O parágrafo introduzido pela emenda não combina com o reconhecimento da jurisdição do Tribunal Penal Internacional trazida no § 4º do art. 5º da Constituição. Ora, se o legislador não reconhece a autoaplicabilidade dos tratados internacionais de direitos humanos, mas reconhece a autoridade de um Tribunal Internacional, tem-se aí, ao que parece, uma contradição de fundo.

Da mesma maneira, ainda que se pretenda justificar que o legislador tinha por intuito categorizar constitucionalmente os tratados internacionais de direitos humanos, será preciso dizer que não conseguiu, pois apenas ritualizou um procedimento de admissão dos mencionados instrumentos sem a devida garantia de que se darão daquela forma. Enfim, ainda que não fosse preciso, teria sido tolerável se o legislador tivesse reafirmado o caráter constitucional e autoaplicável dos tratados de direitos humanos dentro da dinâmica originária do próprio artigo 5º da Constituição.

Na realidade, a introdução do § 3º no art. 5º, em razão das limitações que trouxe, acabou por fragilizar a eficácia e a densidade normativas daqueles direitos que emergem como desdobramento da dignidade da pessoa. A dignidade da pessoa sozinha não é nada, no entanto, conjunturalmente, é o canal de materialização dos direitos humanos interna ou internacionalmente, de maneira que, não obstante ao que fora denunciado, não cede lugar a qualquer casuismo legislativo ou decisório.

A dificuldade imposta pelo imaginário jurídico dominante que não reconhece as deficiências do pensamento positivista faz com que a diferenciação entre direitos fundamentais no plano interno e direitos humanos no plano internacional seja, em última análise, o elemento nuclear de qualquer argumento exposto para a inconstitucionalidade do § 3º do art. 5º da Constituição, e mesmo das decisões já comentadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

De outra parte, é preciso buscar unificar a imagem do direito constitucional à imagem de um pluralismo heterárquico e múltiplo, em que a Constituição tenha seu próprio grau de autonomia e normatividade independentemente da centralidade estatal e, portanto, capaz de (in)fluir mais do que impor na mudança de comportamento jurídico e social. As respostas orientadas para uma supranacionalidade ou para um isolamento normativo servem apenas para reafirmar a inadequada abstração das dicotomizações positivistas e de assentamento das premissas de poder. É preciso transcender esse modelo hierárquico e metodologista para novos caminhos em que a interação, participação e o pluralismo conduzam a aproximação das fontes e dos sistemas pela via hermenêutica, permitindo a crítica da conjuntura sem desonerar-se do condicionamento da história e das verdades com vestígios.

A noção de bloco de constitucionalidade, por exemplo, seria uma oportuna e precedente saída à (im)própria introdução do § 3º no art. 5º da Constituição Federal, pois se coaduna objetiva e hermeneuticamente com o regime inaugurado pelos §§ 1º e 2º do texto constitucional. Embora se tenha distanciado dessa possibilidade em razão da dificuldade positivista, ela ainda é adequada e factível, uma vez que nem mesmo as medidas legais levadas a efeito via emenda constitucional não solucionaram os problemas interpretativos a respeito dos tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição brasileira.

Porém, o sucesso dessa proposta está diretamente relacionado com o reconhecimento de que a diferença entre direitos humanos e fundamentais é meramente ontológica, isto é, a experiência hermenêutica que invoca a tradição no presente não descuida do fato de que a compreensão de ambos não pode

ser separada, senão quando muito diferenciada, uma vez que a implicação das duas concepções está estruturada na e pela linguagem.

A força da dialética da experiência tem sua própria consumação não em um saber concludente, mas nessa abertura à experiência que é posta em funcionamento pela própria experiência⁷⁰⁹, quando o homem toma consciência da sua finitude, da sua própria historicidade⁷¹⁰ para a realização de projetos de sentido. As verdades não enraizadas ontologicamente são incapazes de assegurar uma continuidade interpretativa e, por consequência, os desvios e fragmentações no conhecimento são cada vez mais toleráveis, até mesmo quando incompatíveis ou contraditórios como se extrai, por exemplo, dessa polarização entre direitos humanos e fundamentais.

O desvelamento do ser de um ente acontece a partir da história linguisticamente apreendida no diálogo que somos, onde o velho e o novo, mediado pela tradição, permite a fusão de horizontes, sem que um e outro cheguem a se destacar explícita e mutuamente⁷¹¹. É sem prender-se a um desses extremos que a dinâmica do diálogo dá conta de que essa dicotomização em matéria dos direitos humanos não responde (legitimamente) a nenhuma pergunta em nossa tradição, senão à imposição de posturas filosóficas que em algum momento (conveniente) estiveram em consenso, mas em seguida retornaram ao extremismo autoritário do discurso causal.

A novidade é que o acréscimo que a hermenêutica busca trazer à interpretação é a recuperação da experiência prática no diálogo e que dá sentido ao discurso lógico, pois na *práxis* metodológica dominante o processo de interpretação se reserva apenas ao mundo do dito, enquanto algo pretensa e reconhecidamente válido, ignorando sua outra margem, o não-dito⁷¹². A dinâmica do diálogo apanhada em Gadamer é capaz de reconquistar esse espaço perdido no ideário “objetivo-subjetivista” e de conferir novos projetos de sentido para os direitos humanos (e fundamentais) em nossa realidade

⁷⁰⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 12. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2012. p. 465.

⁷¹⁰ *Ibid.*, p. 466.

⁷¹¹ *Ibid.*, p. 404-405.

⁷¹² ROHDEN, Luiz. Hermenêutica metodológica e hermenêutica filosófica. **Revista de Filosofia**. Centro de Ciências Humanas da Unisinos, v. 4, nº 6, São Leopoldo, 2003. p. 115-116.

constitucional e, a partir daí, contribuir para o desenvolvimento hermenêutico da noção de bloco de constitucionalidade para o constitucionalismo brasileiro.

5.3 OS NOVOS HORIZONTES DA AUTONOMIA DA CONSTITUIÇÃO: A COMPREENSÃO EPISTEMOLÓGICO-HERMENÊUTICA DE BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE COMO EXPRESSÃO NORMATIVO-INTERPRETATIVA DE DIREITOS HUMANOS (E FUNDAMENTAIS)

Na realidade, muito se tem denunciado acerca de uma crise interpretativa no Direito e em parte essa crise pode ser atribuída à ausência de marcos normativos-interpretativos que possam constituir um anteparo aos discursos ideologizantes e retórico-judiciais e ao (des)compromisso democrático no exercício da jurisdição constitucional. No entanto, essa denúncia nada mais significa do que uma pergunta interpeladora das práticas de baixa constitucionalidade com que opera a comunidade jurídica brasileira, paradoxalmente a uma Constituição que traz em sua gênese o compromisso com os direitos humanos (e fundamentais).

A Constituição em países de modernidade tardia como o Brasil, não serve apenas para organizar e limitar os poderes internos do Estado, mas também para implementar os compromissos internos e internacionalmente assumidos e que se integram (ou deveriam integrar) a sociedade. Neste tocante, como expressão do constitucionalismo contemporâneo, os direitos humanos (e fundamentais) figuram como o centro da normatividade constitucional, isto é, a gênese da legitimidade de qualquer ato político e jurídico, em qualquer dimensão e direção.

Por conta disso, o aprimoramento e ampliação do espectro de validação constitucional fazem parte do desenvolvimento da autonomia normativa e evolutiva da Constituição e se constituem em resposta ao déficit produtivo-normativo, papel que deveria ser destinado tanto ao legislador constitucional como aos intérpretes do texto. Porém, seria despiciendo dizer que a concepção de normatividade constitucional é algo mais complexo que o texto constitucional, embora, hermeneuticamente, não prescindia dele, mas em sede

de direitos humanos e sua relação com a Constituição brasileira isso não parece tão óbvio, considerando algumas das críticas até aqui lançadas.

Ao se resgatar novamente o pensamento de Delmas-Marty quando trata da necessidade de “pensar o múltiplo”⁷¹³ como caminho para a recomposição da paisagem, a sua busca por coerência não está relacionada com a adequação das lógicas hierárquico-normativas, ou mesmo com o estabelecimento de relações lineares entre os níveis interno e internacional, justamente em razão da instabilidade do tempo normativo ante a variabilidade espacial e descontinuidades normativas, favorecidas pelo modelo de Kelseniano. A transição estaria representada nas tentativas de recomposição de um pluralismo suficientemente ordenado no qual a coerência se projeta nos sistemas autônomos (não hierarquizados) ou modelados de forma alternativa para garantir um fluxo de continuidade no processo normativo, que fora interrompido pelas lógicas binárias.

Vale destacar que para Häberle a cooperatividade constitucional do Estado está diretamente vinculada à abertura frente às possíveis vinculações internacionais de efeito imediato interno, inclusive, no âmbito dos direitos humanos, ao potencial constitucional ativo para perseguir os objetivos traçados tanto pelas tarefas internacionais comuns como pelo seu próprio regime constitucional e a uma capacidade de prestações estatais solidárias ou de cooperação além de suas fronteiras⁷¹⁴.

Considerando, particularmente, o primeiro aspecto da vinculação häberliana, tem-se que, em matéria de direitos humanos no Brasil, há um espaço dialógico, senão um dever para com uma melhor exploração hermenêutica da normatividade constitucional em relação aos tratados internacionais. Logo, um espaço ou dever que se põe como pergunta pela qualificação e continuidade normativa da relação vinculativa da Constituição com o Direito Internacional (tratados), como garantia protetiva dos direitos humanos seja no âmbito político, judiciário ou mesmo social, a ser ocupada pela teoria do bloco de constitucionalidade. A concepção do bloco de

⁷¹³ DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 46.

⁷¹⁴ HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y constitución**: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta. Madrid: Tecnos, 2002, p. 294.

constitucionalidade para os tratados internacionais de direitos humanos adquire relevância na medida em que amplia os termos do debate constitucional modificando a ideia reducionista e formal de que as controvérsias constitucionais se resumem a “literalidade” de regras e princípios expressos no texto constitucional, senão, também, deve contemplar aquelas que podem ser expressão (interpretativa) do texto em sua realidade e adaptação histórica.

Uma busca sobre a origem da concepção de bloco de constitucionalidade⁷¹⁵ revelará que, embora tenha sido a jurisprudência do Conselho Constitucional francês que a tenha delineado com um conjunto normativo de valor constitucional⁷¹⁶, foi a doutrina que acabou por cunhar a expressão ‘*bloc de constitutionalité*’ com a finalidade de debater o seu alcance e conteúdo, em oposição ao receio à liberdade de uso por parte do Conselho, evitando-se, a delegação de maneira “discrecional – léase arbitraria – por el juez constitucional [...]”⁷¹⁷.

De sua vez, Rubio Llorente destaca o fato de que na experiência espanhola, mesmo que sob críticas, na maioria das vezes o Tribunal Constitucional Espanhol preferiu empregar a compreensão sobre “*el bloque de la constitucionalidad*” no seu aspecto mais formal – na delimitação competencial entre o Estado e as Comunidades Autônomas⁷¹⁸ - e nem tanto como uma forma de ampliação material da Constituição.

⁷¹⁵ Cf. sobre a história da concepção de bloco de constitucionalidade no constitucionalismo francês e espanhol: FAVOREU, Louis; RUBIO LLORENTE, Francisco. **El bloque de la constitucionalidad**. 1. ed. Madrid: Civitas, 1991, p 20; e na Colômbia: UPRIMNY YEPES, Rodrigo. **El bloque de constitucionalidad en Colombia**. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Vol. I. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Compiladores: Daniel O'Donnell, Inés Margarita Uprimny y Alejandro Valencia Villa (2001). Disponível em http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=sistema_judicial&publicacion=72 Acesso em 29 de set. 2014.

⁷¹⁶ Mas foi a partir de uma célebre decisão do Conseil Constitutionnell em julho de 1971, quando ao confrontar a lei que limitava a liberdade de associação com os “princípios fundamentais reconhecido pelas leis da República” que acabou por dotar de força jurídica, ampliando o espectro constitucional, o Preâmbulo da Constituição de 1946, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República, embora isso não tenha sido pretendido pelos constituintes de 1958.

⁷¹⁷ FAVOREU, Louis; RUBIO LLORENTE, Francisco. **El bloque de la constitucionalidad**. 1. ed. Madrid: Civitas, 1991. p. 30.

⁷¹⁸ Por exemplo, a sentença do Tribunal Constitucional Español, STC nº 66/1985. Cf. *Ibid.*, *loc. cit.*

Porém, o autor espanhol desenvolve a noção de que “el bloque de la constitucionalidade, con independencia de la forma que revisten las distintas normas que en él se integran, es el núcleo esencial de la Constitución del Estado ‘español’”⁷¹⁹, especialmente, quando se considera que “la incorporación al texto constitucional de preceptos substantivos (incorporación inexcusable en nuestro tiempo) ha de ser compatible con el pluralismo político”⁷²⁰.

É bem verdade que a questão do bloco de constitucionalidade nas formas empregadas hoje na França e na Espanha, por exemplo, não lidam objetivamente com a questão do reconhecimento/recepção de tratados e convenções de direitos humanos. Isso porque, tomando por consideração o estágio avançado da União Europeia, a estrutura própria extraída da força normativa da Convenção Europeia de Direitos Humanos e seus Protocolos Adicionais, bem como o apoio do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, seria incomum aos Estados-membros negar ou condicionar a aplicação de tratados e quaisquer outras normas de direitos humanos.

Todavia, no Brasil, considerando a natureza especial dos tratados internacionais de direitos humanos e as características de nossa Constituição, a defesa da ideia de bloco de constitucionalidade como expressão da dimensão interpretativa do compromisso com os direitos humanos é uma pauta teórica relevante, por se constituir em um possível vetor hermenêutico para a modificação do tratamento dispensado aos referidos instrumentos internacionais e ampliação da materialidade constitucional.

A adequada compreensão do bloco de constitucionalidade invariavelmente tem por finalidade otimizar e ampliar o caráter normativo do texto constitucional – em termos de direitos e garantias fundamentais – desde que com a Constituição mantenham consonância integrativa, pois sua violação implica(ria) na inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em exame⁷²¹. Por isso, inexoravelmente, a relevância do tema, deve ser acompanhada de uma

⁷¹⁹ FAVOREU, Louis; RUBIO LLORENTE, Francisco. **El bloque de la constitucionalidad**. 1. ed. Madrid: Civitas, 1991. p. 77.

⁷²⁰ RUBIO LLORENTE, Francisco. **La forma del poder**: Estudios sobre la Constitución. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 577.

⁷²¹ Neste sentido, refere Rubio Llorente o exemplo da sentença (STC 29/1982) pelo Tribunal Constitucional Espanhol. In: *Ibid.*, p. 65.

respectiva preocupação, especialmente se considerar o modo tradicional de produção de Direito dominante, isto é, dependente do protagonismo do sujeito.

Então, embora seja preciso amplificar o potencial normativo das Constituições democráticas, a “metodologia” não se exaure na inflação legislativa, no estabelecimento de mecanismos procedimentais, ou mesmo na produção de discursos jurídicos de natureza retórico-ideológicos. A potencialização do caráter normativo dos textos constitucionais é mais um problema de densidade teórico-interpretativo do que propriamente uma “segurança jurídica” que se sustenta no formalismo legislativo e no instrumentalismo dos textos.

A verdade disso é que a Constituição brasileira, ainda que tenha sido bastante objetiva quando tratou dos direitos fundamentais e estabeleceu que o seu rol não fosse exaustivo⁷²², justamente para facilitar o necessário fluxo normativo e evolutivo em sede de direitos humanos, não logrou êxito em dar eficácia prática à imposição constitucional. Os intérpretes fizeram questão de bloquear a eficácia plena e automática do texto para exigir outras medidas legislativas para lhe dar cumprimento.

No fundo, o que se olvidou nas interpretações foi toda a carga histórica e cultural do Brasil e da própria América Latina acerca das heranças políticas recentes, as quais foram a grande preocupação dos textos democráticos contemporâneos, que trouxeram em sua essência a necessidade de rompimento e a vedação de retrocesso àquelas práticas através dos direitos humanos (e fundamentais). A sonegação dessas possibilidades de retrocesso talvez seja o maior equívoco das metodologias interpretativas tradicionais, uma vez que não trazem no momento aplicativo a carga histórica e cultural como componente fundamental na evolução e condicionamento do processo de compreensão, assim como olvidam as próprias obrigações internacionais de cooperatividade assumidas quando da integração ao sistema interamericano de

⁷²² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

proteção. O risco é o de que as práticas arbitrárias (veladas) em qualquer dos níveis, inclusive o interpretativo, deem espaço para violações disfarçadas de direitos humanos, não como era em tempos anteriores, mas quiçá sob novas roupagens, como se buscou evidenciar nos discursos criticados.

A partir de um exercício hermenêutico não se poderá negar que por decorrência do § 2º, do art. 5º da Constituição, as normas dos tratados internacionais de Direitos Humanos são objetivamente recepcionadas interpretativamente em nosso Constitucionalismo, ou materialmente incorporadas, como prefere dizer a grande parcela de juristas⁷²³.

Assim é que se constitui o que na doutrina de Bidart Campos se qualifica como a compreensão de bloco de constitucionalidade, isto é, um conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores que representam a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função daquilo que nela é consagrado. O bloco de constitucionalidade imprime vigor à força normativa da Constituição e é por isso parâmetro hermenêutico, de “hierarquia” superior, de integração, complementação e ampliação do universo dos direitos constitucionais previstos, além de critério de preenchimento de eventuais lacunas⁷²⁴ hermenêuticas, se assim se pode dizer.

É importante destacar que a concepção de bloco de constitucionalidade não implica o enfraquecimento das figuras do Estado e da Constituição, mas expressa a ampliação democrática e a dimensão interpretativa do Direito. Trata-se de um conceito que invoca transcendência, uma vez que tem por finalidade ampliar a esfera de direitos a serem protegidos constitucionalmente

⁷²³ Por exemplo, Celso Lafer, quando fala da existência de três distintas situações concernentes a referidos tratados internacionais: “a) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da Constituição de 1988, onde tais convenções internacionais revestem-se de índole constitucional, uma vez que formalmente recebidas na forma do § 2º do art. 5º. da Constituição; b) tratados internacionais de direitos humanos que venham a ser celebrados pelo Brasil em data posterior à da promulgação da EC nº 45/2004 e que observaram o “iter” procedimental estabelecido pelo § 3º do art. 5º da Constituição; e c) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil entre a promulgação da Constituição de 1988 e a superveniência da EC nº 45/2004, os quais assumem caráter materialmente constitucional, porque essa qualificada hierarquia jurídica lhes é transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade”. In: **A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações**. Barueri: Manole, 2005. p. 16-17.

⁷²⁴ BIDART CAMPOS Germán J. **El derecho de la constitución y su fuerza normativa**. Buenos Aires, Ediar, 1995. p. 264-269; 399-404.

por seus diversos meios, políticos ou judiciais⁷²⁵ para além da textitude literal. Assim, inexoravelmente o processo de internacionalização do Direito, tem na recuperação dos tratados internacionais de direitos humanos um forte componente integrativo, mas sua produtividade passa tanto pelo modo de compreender a Constituição, como também, de observar a nova face da normatividade jurídica em um cenário de pluralismo multidimensional.

O processo de comunicação entre a Constituição e o Direito Internacional tem nos direitos humanos o tema da aproximação, ou melhor, da adequada interpelação transformadora. Nisso, o diálogo hermenêutico passará a mediar a “fertilização recíproca”⁷²⁶ entre as duas fontes em benefício dos direitos humanos, sem que isso implique um discurso hierárquico, mas a abertura produtiva entre os dialogantes e o enraizamento dos discursos como anteparo às ideologias de cunho hierárquico-normativistas. Em outras palavras, a internacionalização do direito constitucional nestas condições está longe de um neocolonialismo, pois será a própria Constituição que permitirá democraticamente o diálogo entre fontes à maneira hermenêutica, não-hierárquica e superadora das dissociações/distinções inautênticas e bloqueantes do paradigma dominante – amigo/inimigo, nacional/internacional, superior/inferior, legal/ilegal.

Neste contexto é (pode ser) a compreensão do bloco de constitucionalidade a consolidação hermenêutica e, por assim dizer, a teoria constitucional (internacionalizada), no sentido de se estreitar a aproximação entre fontes e sistemas jurídicos para o alvorecer dos compromissos materiais da Constituição. Por consequência, se estará abrindo o espaço para os novos horizontes do controle da constitucionalidade em matéria de direitos humanos, sufragando-se a estreiteza da concepção hierárquico-normativista das metodologias interpretativas tradicionais e acreditando no desenvolvimento de práticas interpretativas nos limites materiais da Constituição.

A inspiração para a constituição de um bloco de constitucionalidade pela ampliação da normatividade (interpretativa) do Direito também se

⁷²⁵ Cf. MUÑOZ, J. J. El bloque constitucional como parámetro del Control Constitucionalidad en México. **Revista Debate Social**, ITESO, Guadalajara, n. 23, 2012.

⁷²⁶ Cf. DELMAS-MARTY, Mireille. **Les forces imaginantes du droit (II)**: Le pluralisme ordonné. Paris: Seuil, 2006. p. 49.

encontrará na busca pela segurança jurídica das decisões e na uniformização do tratamento dos direitos humanos e fundamentais, em face ao paradoxo da discricionariedade no seu fundamento, a despeito das limitações da visão hierárquica enquanto referência normativa ou critério interpretativo, como destaca Rubio LLorente⁷²⁷.

O caráter hermenêutico do bloco de constitucionalidade e sua relevância para a jurisdição constitucional agregam um novo vetor que surge na/da dimensão interpretativa da Constituição, a fim de dar vida a outros projetos de sentido, ofuscados na visão autossuficiente ou hermética do plexo de direitos consagrados no texto constitucional⁷²⁸. Em particular, quanto aos direitos humanos (e fundamentais), como toda obra humana, a Constituição “no solamente es en sí incompleta, sino que aquí la deficiencia es mayor, ya que cada constitución no es más que un compromiso entre las fuerzas sociales y grupos pluralistas que participan en su conformación”⁷²⁹

A normatividade não é estática, ela se constrói de forma produtiva enquanto modo de ser do próprio direito e da sociedade, mas somente é capaz de se revelar interpretativamente na fenomenologia da hermenêutica filosófica. Nela a Constituição brasileira, longe de se prestar ao papel da pirâmide (vertical) e das lógicas autoritárias, mais se associaria à concepção de uma abóboda⁷³⁰, capaz de reunir e mediar todos os horizontes fragmentados pelas lógicas binárias e excludentes de direitos humanos. Não se pode perder de vista que a metáfora não pode ser entificada, pois na realidade ela serve como uma alegoria para demonstrar uma necessidade de mudança diante de um cenário já entificado pela ideia de pirâmide (estático e vertical-hierárquico).

Mas, por outro lado, isso serve para apontar o fato de que a noção de bloco de constitucionalidade, na perspectiva dos direitos humanos, iluminará a

⁷²⁷ In: **El bloque de la constitucionalidad**. 1. ed. Madrid: Civitas, 1991. p. 107.

⁷²⁸ CALDERA INFANTE, Jesús Enrique. El bloque de constitucionalidade como herramienta de protección de los derechos fundamentales. In: VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. **Derecho procesal constitucional**. Tomo III, Volumen I. Bogotá: VC Editores Ltda., 2012. p. 224.

⁷²⁹ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. 2. ed. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970. p. 200.

⁷³⁰ Cf. A metáfora da abóboda (bóveda) já referida neste trabalho é desenvolvida por PÉREZ LUÑO. In: **El desbordamiento de las fuentes del derecho**. Sevilla: Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, 1993. p. 76; **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2010. p. 667.

pretensão de aprimoramento da ideia de normatividade e da fertilização da dimensão normativa da própria Constituição na direção dos tratados internacionais de direitos humanos a ser explorada hermeneuticamente. Uma vez que se o texto constitucional coloca-se como horizonte de possibilidades de sentido, as perguntas e respostas dialógicas acerca dos temas políticos, jurídicos e sociais em sede de direitos humanos – independentemente da fonte (p. ex.: tratados internacionais) - terão no e a partir do próprio texto a validação de qualquer verdade discursiva.

A compreensão do bloco de constitucionalidade se revela como instrumento qualitativo dos textos constitucionais capaz de ampliar a “base de sustentação dos direitos humanos”⁷³¹ por mandato do próprio texto constitucional⁷³² em razão da deontologia e da especialidade dos direitos humanos no constitucionalismo contemporâneo. A construção de uma cultura e um compromisso democrático, de base constitucional naquilo que a ideia alargada de Constituição efetivamente pode transformar e auxiliar em termos de emancipação social, também está contemplada nessa análise.

Portanto, faz parte desse processo a construção de uma cidadania verdadeiramente democrática e direcionada à construção do pluralismo jurídico voltado para o espaço público de debate. A cidadania ativa e plena deve contribuir diretamente para esse processo não somente pela pressão social,

⁷³¹ CALDERA INFANTE, Jesús Enrique. El bloque de constitucionalidade como herramienta de protección de los derechos fundamentales. In: VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. **Derecho procesal constitucional**. Tomo III, Volumen I. Bogotá: VC Editores Ltda., 2012. p. 225.

⁷³² A Corte Constitucional da Colômbia na Sentencia C-067/03 que incluiu os tratados internacionais de direitos humanos como parâmetro de aferição da constitucionalidade de leis, definiu o bloco de constitucionalidade como aquela unidade jurídica composta por “normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional strictu sensu.” Da mesma maneira, a experiência daquela Corte no uso do referido instituto lhe permitiu definir um critério de aplicação que “dado el rango constitucional que les confiere la carta, las disposiciones que integran el bloque superior cumplen la cuádruple finalidad, a saber, servir de i) regla de interpretación respecto de la dudas que puedan suscitarse al momento de su aplicación; ii) la de integrar la normatividad cuando no exista norma directamente aplicable al caso; iii) la de orientar las funciones del operador jurídico, y iv) la de limitar la validez de las regulaciones subordinadas”. In: COLÔMBIA, Corte Constitucional. **Sentencia C-067/03**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-067-03.htm> Acesso em: 31 out. 2014.

como também pelo exercício cotidiano de exigir direta participação nos rumos da vida política da sociedade⁷³³ no espectro nacional ou transnacional⁷³⁴, facilitada pela pauta dos direitos humanos. Trata-se de conquistar novos espaços sociais de luta (movimentos) sociais⁷³⁵ e de participação política ativa da sociedade com a finalidade de restabelecer o nível e o âmbito de democracia desejados.

As ideias de Chevallier convergem neste sentido, uma vez que o espaço de defesa/construção de um bloco de constitucionalidade vem ao encontro dessa nova cidadania desterritorializada, a qual também se fundamenta no eixo comum (dignidade da pessoa humana) que une o caráter ontológico dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Com efeito, se logrará uma real influência sobre as escolhas coletivas, em direção aos novos direitos e novos beneficiários, numa espécie de cidadania plural compatível com vários princípios de identificação⁷³⁶. A questão, portanto, transcende a uma justificativa retórica de “cláusulas de derechos innominados o no enumerados”⁷³⁷ ou qualquer outra tentativa hierárquico-normativa *latu sensu* de defesa dos direitos humanos, mas de uma construção interpretativa de categoria constitucional e de ação multidimensional (política, jurídica e social).

A autonomia da Constituição não se exaure no texto, mas quando dele é capaz de se extrair as potencialidades normativas em benefício da sociedade sem recurso a qualquer forma de autoritarismo. A Constituição, portanto, naquilo que se compreende por expressão de sua autonomia, empresta força normativa a tudo aquilo que seja expressão principiológica de seu regime,

⁷³³ Para Dalmo de Abreu Dallari, a [...] cidadania expressa um conjunto de direitos que dá a pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo do seu povo. In: **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998. p. 85.

⁷³⁴ “À luz da caracterização do sistema mundial em transição que propus, o cosmopolitismo e o patrimônio comum da humanidade constituem globalização contra-hegemônica na medida em que lutam pela transformação das trocas desiguais em trocas de autoridade partilhada. No campo das práticas interestatais, a transformação tem de ocorrer simultaneamente ao nível dos Estados e interestatal. Ao nível dos Estados trata-se de transformar a democracia de baixa intensidade, que hoje domina, pela democracia de alta intensidade. Ao nível do sistema interestatal, trata-se de promover a construção de mecanismos de controle democrático através de conceitos como o de cidadania pós-nacional e esfera pública transnacional”. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Globalização e as ciências sociais**. São Paulo: Cortez, 2002. p. 74.

⁷³⁵ VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. Rio de Janeiro: Record, 2004. p. 40.

⁷³⁶ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 257.

⁷³⁷ Expressão recorrente nas constituições latino-americanas recentes.

fundamentos e objetivos traçados. Assim é que a concepção de bloco de constitucionalidade “es compatible con la idea de constitución escrita y con la supremacía de la misma por cuanto es por mandato de la propia constitución que normas que no hacen parte de su articulado comparten empero su misma fuerza normativa”⁷³⁸.

Coaduna-se com essa ideia o debate sobre os direitos humanos (e fundamentais), o qual tem no próprio texto constitucional, por conta do art. 5º, § 2º, a abertura para o contínuo desenvolvimento e ampliação da normatividade dos direitos humanos. Então, se de um lado, é dever fundamental dos intérpretes alimentar a produção hermenêutica com a finalidade de consolidar a autonomia do texto constitucional, de outro, é também direito fundamental de uma sociedade a expressão de uma prestação jurisdicional constitucional identificada com a afirmação e evolução dos direitos humanos. A dificuldade se apresenta quando os teóricos e os tribunais não conseguem observar a Constituição senão pela via do topo piramidal, alheia ao processo histórico-social e alienada de seu papel de transformação social.

O papel do bloco de constitucionalidade em países de modernidade tardia e baixa constitucionalidade⁷³⁹, como é o caso do Brasil, afigura-se como um instrumento consistente e qualitativo de materialização constitucional, especialmente, quando a história social recente revela a alternância de regimes imperialistas e autoritários caracterizados essencialmente por subjugar a sociedade e solapar direitos dos cidadãos. Um país dotado de jurisdição constitucional não pode se furtar de constituir e materializar a teoria constitucional e traduzir os compromissos do Estado Democrático de Direito de uma forma dinâmica e evolutiva⁷⁴⁰ de acordo com as novas realidades sociais e políticas. São exemplos disso os casos de reconhecimento das uniões

⁷³⁸ UPRIMNY YEPES, Rodrigo. **Bloque de constitucionalidade, derechos humanos y proceso penal**. Colombia: Consejo Superior de la Judicatura, 2008. p. 32.

⁷³⁹ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 359.

⁷⁴⁰ É o caso, por exemplo, da Constituição da V República Francesa que não tem em seu texto nenhum direito social nem direito de liberdades, mas em razão do bloco de constitucionalidade o Conselho Constitucional tem reconhecido que tais direitos tem hierarquia constitucional. Cf. FAVOREU, Louis; RUBIO LLORENTE, Francisco. **El bloque de la constitucionalidad**. 1. ed. Madrid: Civitas, 1991.

homoafetivas⁷⁴¹, das pesquisas com células-tronco, da prisão civil do depositário infiel e, de outra maneira, não foram nos casos da lei de anistia, da guerrilha do Araguaia ou da “despercebida” decisão sobre o tratamento dispensado aos tratados de direitos humanos (supralegalidade).

A concepção hermenêutica de bloco de constitucionalidade se constitui em um *plus* ao movimento de aproximação cooperativa entre fontes e sistemas jurídicos de natureza interno-internacional. Na medida em que o bloco de constitucionalidade se coloca como resposta à pergunta da realidade (hierárquica) dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, emerge a argumentação de que, independentemente da origem, gozam de categoria constitucional, pois representam a garantia de rompimento com o autoritarismo de outros tempos e a condição de possibilidade da evolução democrática. Qualquer perspectiva discursiva que não tenha esse horizonte de sentido é porque não se estruturou na forma dialógica, pois não se comprometeu ao nível da compreensão antecipadora, olvidando o impacto da mediação horizontal fertilizado pelo influxo das experiências históricas e culturais que orientam a sedimentação democrática do constitucionalismo brasileiro ainda em evolução.

O diálogo é o caminho hermenêutico para ilidir as práticas jurídicas dominantes dependentes dos formalismos, dos argumentos inconcussos ou *ad hoc* (estáticos) sustentados pela verticalidade normativa dos monólogos internos, em que normalmente se esconde a arbitrariedade. Nesse marco, a doutrina e a jurisprudência constitucional devem recepcionar e desenvolver o bloco de constitucionalidade em direitos humanos como medida de integração de regras e princípios de direito constitucional e internacional de alta categoria e força normativa, inclusive, como colateral superação da antiquada disputa entre monistas e dualistas. Aos intérpretes, em qualquer dimensão, cumpre o dever de exercitar e estimular o dever de fundamentação para além da normativismo-hierárquico com a finalidade de colocar em xeque a validade constitucional dos atos políticos e das decisões judiciais perante as obrigações internacionais emergentes dos direitos humanos e a preservação das conquistas sociais de nosso tempo.

⁷⁴¹ Embora com ressalvas ao voluntarismo (ativismo) que conspirou contra o texto da Constituição.

A paisagem complexa e plural do cenário político e a normatividade (internacionalizada) das Constituições democráticas de hoje orientada para compromisso com os direitos humanos exigirá novas respostas hermenêuticas. A construção de um bloco de constitucionalidade é expressão dialógica desse processo hermenêutico de resgate da factualidade para recomposição da paisagem estilhaçada pelas metodologias fragmentárias tradicionais.

Por derradeiro, se as Constituições do constitucionalismo contemporâneo não se encerram numa realidade intangível e objetificável, senão numa realidade viva e tensionada de construção da normatividade do texto de acordo com a sua principiologia e os anseios sociais, sua abertura hermenêutica condicionará o fluxo contínuo e mediado da história, garantindo a constituição estruturada de novos projetos de sentido no horizonte do Direito e da Constituição.

6 CONCLUSÃO

A tese dedicou-se a elaboração de uma proposta de solução à problemática de como estabelecer outra racionalidade capaz de responder a dificuldade do emprego da visão hierárquico-normativa (difundida na doutrina e no Supremo Tribunal Federal) na relação Constituição-Tratados Internacionais de Direitos Humanos, com direta repercussão no âmbito pragmático-interpretativo. Isso porque, considerando a real dupla face do fenômeno da internacionalização do direito a partir da constitucionalização do direito internacional e da internacionalização do direito constitucional, se afiguraria como possivelmente inadequada a lógica hierárquico-normativa para dar conta de sua complexidade e da eficácia normativa dos direitos humanos.

Em face do problema apresentado, a hipótese foi delineada da seguinte forma: que mediante uma reflexão (modo-de-ser) capaz de recorrer ao nível hermenêutico da compreensão, em busca de seu enlace histórico-crítico baseado na estrutura dialógico-hermenêutica, será possível densificar e orientar uma nova estrutura de racionalidade de caráter epistemológico-hermenêutico para a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil via bloco de constitucionalidade, enquanto expressão de autonomia do Direito e supremacia material da Constituição em exceção à visão hierárquico-normativista.

Com base nisso o objetivo geral apontou para o estabelecimento de elementos estruturais e teóricos que permitissem desenvolver um novo horizonte epistemológico-hermenêutico no que diz respeito à aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil como resultado de um diálogo (hermenêutico) para além da visão hierárquico-normativista.

Então, no sentido de alcançar os objetivos específicos delineados na introdução, o caminho trilhado pela tese dividiu-se em duas etapas:

Na primeira parte do trabalho (capítulo 2), em uma linha mais descritiva e reflexiva, dedicou-se à identificação de como o legislador constitucional e o judiciário (STF) têm lidado com o tema dos tratados internacionais de direitos humanos. Também de forma correlata, como a doutrina, em regra geral,

poderia estar contribuindo para o cenário de déficit de constitucionalidade sobre a temática da aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos no paradigma constitucional contemporâneo.

A preponderante constatação daí advinda foi a identificação da forte presença de argumentos de cunho dedutivistas e formalistas (burocrático-procedimentais), permeados por discursos pragmaticistas e/ou de conveniência, denunciando a falta de compreensão/comprometimento constitucional com o caráter normativo e constitutivo dos tratados internacionais de direitos humanos. Aliás, a dissintonia das instituições e do imaginário doutrinário quanto à adequada proteção dos direitos humanos (e fundamentais) teve na Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual inseriu o § 3º no art. 5º da Constituição Federal e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as expressões de reconhecimento das dificuldades interpretativas dos discursos hierárquico-normativos.

Constatou-se também que, desde antes, mas, sobretudo pós-Constituição de 1988 e até o atual momento⁷⁴², mesmo diante de cláusulas abertas e autoaplicáveis, como os originários §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição, a jurisprudência do STF não conseguiu auferir resposta adequada para o tema dos tratados internacionais de direitos humanos e a definição do seu papel na normatividade constitucional contemporânea. No horizonte da tese, conforme será evidenciado na sequência, esse comportamento terá uma razão determinante na pergunta (in)adequada sobre o lugar dos direitos humanos no constitucionalismo contemporâneo.

Os principais esteios da racionalidade interpretativa dominante, qualificada como de caráter hierárquico-normativista (kelseniano), puderam ser identificados na dependência da visão de soberania meramente sob o ângulo formal, na dificuldade de compreensão de autonomia (normativo-material) da Constituição, analisada apenas sob o viés da supremacia formal-escalonada e na cisão teórica entre direitos humanos e direitos fundamentais. Por consequência, esse déficit interpretativo também é o facilitador dos argumentos

⁷⁴² Ou seja, desde o julgamento em que assentou a tese da hierarquia legal aos julgamentos que referendaram o entendimento da hierarquia supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos no sistema jurídico brasileiro.

ad hoc ou conveniência que, sem densidade teórica, prestando-se para reafirmar as reservas e/ou espaços de poder das instituições do Estado em detrimento do avanço normativo e constitutivo dos direitos humanos nessa quadra da história.

A pesquisa não olvidou o fato de que o Direito ainda se encontra refém de uma lógica (formal) de verificabilidade científica do conhecimento, uma racionalidade de caráter instrumental ancorada em abstração e subjetividade. No Brasil, o efeito colateral disso contribuiu para a redução do Direito à ordem interna escalonada e formal, refratária aos acontecimentos sociais e à materialidade construtiva das práticas interpretativas, que colocaram o Direito à disposição de toda a herança político-ideológica de um passado recente de experiências autoritárias e à deriva dos interesses da subjetividade assujeitadora.

Então, sob o ângulo legislativo-constitucional, observou-se que embora já se contasse com diversas limitações compreensivas sobre a normatividade do § 2º do art. 5º da Constituição, a EC nº 45/2004 que lhe introduziu o § 3º, apenas agravou as dificuldades oriundas do paradigma hierárquico-normativista. Assim, a mencionada emenda acabou por induzir a contradição normativo-principiológica dentro da própria Constituição e consolidar as insuficiências teórico-interpretativas, pois, enfatizou a cisão (imprópria) entre direitos humanos e direitos fundamentais, reafirmou o hermetismo constitucional e deu margem para outros problemas sistemáticos, como por exemplo, a dicotomia (formal) entre tratados internacionais de direitos humanos antes e pós-EC nº 45/2004. Além disso, colocou em risco de (in)eficácia o § 2º do art. 5º da Constituição, o qual, na melhor hermenêutica, já representava cláusula aberta de recepção de outros direitos consignados em tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil seja parte, o qual, combinado com o § 1º do mesmo artigo, lhes asseguraria a aplicabilidade imediata.

De outro lado, a jurisprudência plenária do STF pós-Constituição, mesmo antes da EC nº 45/2004, quando tinha por assentada a tese da hierarquia legal dos tratados internacionais vigente desde a década de 1970, já denunciava a necessidade de modificação/evolução de entendimento para que

se pudesse dizer em consonância com o novo regime constitucional. Porém, mesmo assim, os Ministros não conseguiram argumentativamente superar a racionalidade de natureza jusprivatista e a lógica hierárquica do entendimento jurisprudencializado, conforme se depreendeu da análise do *Habeas Corpus* nº 72.131/RJ, julgado em 23/11/1995. Neste julgamento, observou-se o entendimento de que a recepção de tratados e convenções internacionais em geral deveria dar-se na forma de lei ordinária (hierarquia legal), afastando-lhes qualquer primazia hierárquico-normativa ou equiparação de natureza constitucional, reforçando um eventual papel complementar dos tratados internacionais em relação à Constituição⁷⁴³.

A racionalidade da supremacia formal da Constituição em relação aos tratados internacionais indistintamente se projetou ainda por longo período, conforme se pode verificar na análise dos julgamentos da ADI nº 1480 MC/DF (1997), do Recurso Extraordinário nº 206.482/SP (1998), do *Habeas Corpus* nº 77.527/MG (1998), do Recurso em *Habeas Corpus* nº 79.785/RJ (2000) e do *Habeas Corpus* nº 81.319/GO (2002).

A presença de novas ideias nos votos de alguns Ministros⁷⁴⁴, as quais poderiam indicar a mudança de entendimento na jurisprudência do tribunal, como foi o caso das teses que buscaram defender o caráter materialmente constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos por força do § 2º do art. 5º da Constituição, não se traduziram em avanço. Isso porque, as referidas teses, conforme foi analisado, ainda posicionavam os instrumentos internacionais ao nível da hierarquia legal, porém dotados de uma especial qualificação em relação às demais normas do sistema e subjugados formalmente à Constituição, logo, sem superar a racionalidade hierárquico-normativista.

⁷⁴³ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 72.131**, plenário, Brasília, DF, 23 de novembro de 1995. p. 8726. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>. Acesso em: 01 jun. 2014.

⁷⁴⁴ Cf. p. ex. voto do Min. Carlos Velloso no RE nº 206.482 e sua remissão a ADI nº 1497/DF. In: Id. Supremo Tribunal Federal. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 206.482**, plenário, Brasília, DF, 27 de maio de 1998. p. 700. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=240509>. Acesso em: 01 out. 2014.

Portanto, sem distinção, todos os tratados internacionais até o advento da EC nº 45/2004, como demonstrado na análise da seção 2.3.1.1, encontravam-se situados hierarquicamente abaixo da Constituição e ao nível de lei ordinária. O importante a ser destacado é que o traço comum auferido dos entendimentos adotados pelos Ministros nesse período centralizou-se nos argumentos de *status* hierárquico dos tratados internacionais, nunca se descuidando do aspecto escalonado e procedimental da ordem jurídica aliados à supremacia formal da Constituição. Em plano secundário, sempre permaneceu o caráter hermenêutico (e principiológico) dos direitos humanos e a verdadeira autoridade normativo-conteudística da Constituição brasileira.

Após a EC nº 45/2004 e uma vez já modificada substancialmente a composição do STF, a mudança de entendimento levada a efeito nos julgados de 2008, conforme comentado na seção 2.3.1.2 da tese, mesmo que seguida de uma linha de argumento mais publicista também não conseguiu superar a lógica hierárquico-normativista. O relevo argumentativo conferido às declarações e instrumentos internacionais de direitos humanos, bem como ao compromisso da Constituição com a afirmação dos direitos humanos e fundamentais, foram insuficientes para a modificação de racionalidade sobre a questão do tratamento hierárquico dos tratados internacionais no âmbito do STF. As duas teses debatidas naquele momento, a hierarquia constitucional e a hierarquia supralegal, a última garantida apenas pela maioria simples, sempre estiveram intimamente ligadas às condições procedimentais instituídas pelo § 3º do art. 5º da Constituição. Em suma, mudaram-se os argumentos e a conclusão dos votos, porém a racionalidade hierárquico-normativista ainda permaneceu como condicionante da possibilidade de aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos.

O exame dos julgados consolidados em 2008 pelo plenário do STF, em particular, os Recursos Extraordinários nº 466.343 e nº 349.703 e os *Habeas Corpus* nº 87.585 e nº 92.566, revelaram a mudança de entendimento para a definição do caráter supralegal aos tratados de direitos humanos em que Brasil seja signatário e os quais não tenham se submetido à ritualística do § 3º do art. 5º da Constituição.

Nos julgamentos em epígrafe, o Tribunal por maioria superou a tese da hierarquia legal e afastou a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, passando a adotar a tese da supralegalidade defendida pelo Ministro Gilmar Mendes. Porém, entre os votos dos Ministros, embora se tenha observado a proposição de uma nova leitura da tese da hierarquia constitucional – agora defendida pelo Ministro Celso de Mello -, a mesma não logrou êxito em ser acolhida majoritariamente.

Então, foi a partir do voto do Ministro Gilmar Mendes que, em função de uma abordagem sobre o status hierárquico dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e suas principais correntes (supraconstitucional, constitucional, legal e supralegal), o STF assentou a última como sendo a mais apropriada, quando não internalizados na forma da nova ritualística constitucional. A tese suportou-se no argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, mas que, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, seriam dotados de um atributo de supralegalidade que lhe dariam a condição de estarem abaixo da Constituição e acima das demais normas legais⁷⁴⁵.

De sua vez o Ministro Celso de Mello, em voto vencido, se disse compelido a distinguir para efeito de posição hierárquica em face do ordenamento positivo interno, entre convenções internacionais de direitos humanos e tratados internacionais diversos⁷⁴⁶, segundo a existência de expressivas lições doutrinárias que sustentaram com sólida fundamentação teórica que os tratados internacionais de direitos humanos assumem, na ordem positiva interna brasileira, qualificação constitucional. Assim, o Ministro Celso de Mello defendeu que o § 2º do art. 5º da Constituição autorizaria o reconhecimento de que os tratados internacionais de direitos humanos possuem hierarquia constitucional, integrando-os ao conjunto normativo configurador do bloco de constitucionalidade⁷⁴⁷ e valorizando o sistema de

⁷⁴⁵ Cf. Voto do Min. Gilmar Mendes no RE n. 466.343. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 466.343**, plenário, Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. p. 1144. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 01 out. 2014.

⁷⁴⁶ Ibid., p. 1230.

⁷⁴⁷ Ibid., p. 1260.

proteção dos direitos humanos mediante atribuição aos atos de direito internacional público de hierarquia superior à legislação comum sempre que se cuide de tratados internacionais de direitos humanos⁷⁴⁸.

Assim, restou consolidado na jurisprudência do STF para tratados internacionais de direitos humanos recepcionados antes e pós-EC nº 45/2004, mas que, todavia, não tenham se submetido à ritualística nela prevista, gozariam de *status* hierárquico supralegal, ao passo que aqueles tratados internalizados depois da EC nº 45/2004, ainda que tenham se submetido ao novo rito constitucional, passariam a gozar de status de *equivalência* constitucional formal e material⁷⁴⁹.

A interpretação levada a efeito nesse último momento da jurisprudência do STF serviu objetivamente para a manutenção do senso comum que sustenta o argumento de supremacia da Constituição meramente numa visão formal (hierárquico-normativista). Assinalou-se que a definição do caráter supralegal aos tratados e convenções de direitos humanos antes e pós-EC nº 45/2004, bem como a tese do status constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, somente se fizeram possíveis em razão do procedimentalismo (hierárquico) da referida emenda. Então, mesmo na tese da hierarquia constitucional, não haveria superação da racionalidade hierárquico-normativista, pois tinha a supremacia formal como elemento nuclear. Logo, não se olvidou a importância do aspecto formal da normatividade constitucional, porém não se pode torná-lo absoluto ou mesmo descompromissado da materialidade constitutiva de sua própria legitimidade, justamente em razão do sonogado caráter hermenêutico-normativo dos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição Federal.

Portanto, as concepções desenvolvidas no âmbito Supremo Tribunal Federal evidenciaram o desacerto com o propósito constitucional e com os direitos humanos, em geral em razão do padecimento de uma melhor racionalidade hermenêutica para a aplicação dos tratados internacionais de

⁷⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 466.343**, plenário, Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. p. 1250. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 01 out. 2014. p. 1250.

⁷⁴⁹ Cf. p. ex. os votos dos julgados RE nº 466.343/SP e do HC nº 87.585/TO.

direitos humanos. As perspectivas de quaisquer correntes defendidas foram estritamente de natureza semântica e de caráter hierárquico-normativista, carecendo de um adequado enfrentamento do ponto de vista teórico e histórico sobre o papel dos tratados internacionais de direitos humanos no constitucionalismo brasileiro e contemporâneo. A inadequada compreensão de supremacia constitucional reduzida ao escalonamento formal, de normatividade atrelada a centralidade na produção legislativa estatal e a dicotomia entre ordens interna-internacional - algumas características do positivismo-normativista de Kelsen -, fizeram com que o intérprete se descuidasse das possibilidades normativas §§ 1º e 2º do art. 5º da CF/88. Por consequência, sem estranhamento do horizonte hierárquico-normativista, restaram sufragadas as expectativas de sentido quanto à recepção e aplicação direta dos tratados internacionais de direitos humanos ou mesmo da construção do bloco de constitucionalidade como parâmetro interpretativo-normativo da jurisdição constitucional internacionalizada do Direito.

A opção pela interpretação dentro do paradigma hierárquico-normativista, foi determinante, inclusive, para a adoção de um *tertium genus* inconstitucional como é a tese da supralegalidade. A tese da supralegalidade não traduz qualquer afinidade ou compartilhamento com a história institucional do Direito brasileiro, pois sem qualquer respaldo doutrinário e constitucional, na contramão, assentou-se meramente como afirmação de uma intelectualidade ideológica do Ministro Gilmar Mendes. Por essa razão, a instituição da supralegalidade reivindicou a maior crítica que se pode fazer às hierarquizações (formais), na medida em que a EC nº 45/2004, que inseriu o § 3º no art. 5º da CF/88, longe de facilitar a compreensão do tema dos tratados internacionais e a discricionariedade de sua criação abriu espaço para diversas e inconciliáveis dificuldades.

Daí porque se a tese da hierarquia legal já era inconcebível no atual momento constitucional e político do país, a sua revisão judicial deveria apontar, no mínimo, para a hierarquia constitucional, jamais para uma *nova* espécie normativa, como representa a supralegalidade. Do ponto de vista hermenêutico, a supralegalidade é uma resposta sem pergunta, uma imposição mono-ideológica e que não se condicionou pela história institucional do regime

constitucional brasileiro, senão pelas insuficiências teóricas do paradigma dominante. A supralegalidade, inclusive, conseguiu-se afirmar-se como mais importante que os próprios §§ 1º e 2º do art. 5º da CF/88. Portanto, é uma interpretação inconstitucional, seja porque é expressão da já inconstitucional parcialmente EC nº 45/2004, conforme se verá a seguir, seja porque bloqueia a eficácia dos parágrafos originários do art. 5º, além, de não dialogar com a principiologia constitucional brasileira.

Nesse contexto, olhando para a doutrina, a qual deveria ter um papel crítico e de vanguarda na orientação de rumos (diferentes) para o tema dos tratados internacionais de direitos humanos, constatou-se, também, que não conseguiram ir muito além de outras teses ancoradas na racionalidade hierárquico-normativista. A doutrina (Mazzuoli, Piovesan e Lafer, p. ex.) muito embora não tenha construído a tese de hierarquia constitucional baseada em argumentos hermenêuticos, senão como expressão dos parágrafos do art. 5º e/ou de uma visão sistemática-formal da Constituição, acabou em alguma medida resignando-se com a tese de supralegalidade do Supremo Tribunal Federal e com a ritualística trazida pela EC nº 45/2004 ao mesmo artigo.

Diante disso, assinalou-se, inclusive, que a insuficiência teórica e (a)histórica da tese da supralegalidade no STF, por exemplo, acabou por oportunizar a pragmática tese de Mazzuoli acerca do controle de convencionalidade no Brasil, que na forma proposta pelo autor não passa de um mero controle “semântico” daquilo que se diz como supralegal, pois na realidade, controle de legalidade é o que fazem ordinariamente os tribunais pátrios. Por consequência, se os tratados internacionais de direitos humanos não prescindem da chancela legislativa do direito nacional, em razão do não reconhecimento de sua auto-aplicação, não há possibilidade teórica para a defesa de controle de convencionalidade, justamente pela desnaturação do instrumento em sua internalização.

A dificuldade (produtiva) da doutrina no estágio contemporâneo foi diagnosticada como resultado da busca por encontrar nos preciosismos sintático-semânticos solução aos problemas interpretativos complexos, permanecendo mergulhados no paradigma positivista. Os fatos demonstraram que seduzidos pelas dicotomias formalistas os doutrinadores prontamente

trataram de hierarquizar a nova sistemática introduzida pela EC nº 45/2004, criando, por exemplo, duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: os tratados material e formalmente constitucionais e os tratados apenas materialmente constitucionais. Então, subsidiariamente, nessa lógica, todos os tratados de direitos humanos seriam, no mínimo, materialmente constitucionais, ou seja, nada se agregou interpretativamente. A questão contudística permaneceu em segundo plano frente a rigidez hierárquica e sistemática da ordem jurídica interna e da improdutividade doutrinária.

Portanto, o que se verificou foi uma preocupação geral mais com o status hierárquico como argumento formal de autoridade, do que propriamente o compromisso com o caráter interpretativo e normativo dos direitos humanos amplamente considerados. A lógica do caráter procedimental do texto constitucional, aliado à metodologia positivista – em suas diversas matizes – restringiu e condicionou a materialidade dos direitos humanos aos *senões (sic)* dos discursos semântico-formalistas do imaginário jurídico dominante.

A relação de estrita dependência entre o formal e o material - legislado e escrito - é um reflexo da crise interpretativa, uma típica crise positivista. Não é por menos que o § 3º do art. 5º da Constituição, com todas as suas objeções, se teve por finalidade “interpretar” o § 2º, como proclamado por alguns, apenas acabou por contribuir para outra série de problemas teóricos e metodológicos. Nos termos já destacados, foi no mínimo peculiar buscar interpretar, com “nova posituação”, aquilo que, em tese, já não estaria claro antes mesmo da EC nº 45/2004. Logo, além de ter aumentado a imprecisão e insegurança no debate, abriu possibilidade para novas interpretações, ainda mais insuficientes, como é o caso da suprallegalidade e as demais intercorrências teórico-sistemáticas dela oriundas.

Definitivamente, a inserção do § 3º no art. 5º da Constituição Federal brasileira não resolveu o problema da constitucionalidade (e normatividade) dos tratados internacionais de direitos humanos. A primeira verdade disso extrai-se do fato de que a ampla maioria (e os mais importantes) dos tratados internacionais não está internalizada (formalmente) em nível constitucional, permanecendo represada na (supra)legalidade aplicada pelo STF ou à disposição do legislador constitucional derivado em dar forma constitucional às

antigas e às novas internalizações de tratados internacionais. Além do mais, ainda se terá que administrar as possíveis incongruências formais surgidas, por exemplo, da recepção em nível constitucional de instrumentos internacionais que seriam derivados de outros pactos internacionais que estão em nível supralegal⁷⁵⁰ ou do problema semântico da criação de uma nova modalidade legislativa ao par daquelas elencadas no art. 59 da Constituição Federal, como é o caso da “equivalência a emendas constitucionais”, conforme dispõe o § 3º do art. 5º da CF/88.

Por tudo, a EC nº 45/2004 que introduziu os parágrafos no art. 5º da CF/88 e supralegalidade, não respondem a nenhuma pergunta hermenêutica adequadamente formulada, senão a uma solução (política e judicial), sem comprometimento teórico, ancorada em premissas formais-procedimentalistas que tornaram mais obscuro o caráter normativo-constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil. A pergunta adequada que permitiria um melhor horizonte não deveria caminhar no sentido da hierarquização dos tratados internacionais na ordem interna, mas no sentido de qual o papel normativo dos direitos humanos (e seus instrumentos) no/para o constitucionalismo contemporâneo e que pudesse mediar (dialogicamente) a interrelação entre o direito constitucional e o direito internacional.

Advirta-se, por derradeiro, que seja em meio aos termos dos julgados de 2008 no STF e do instrumentalismo de suas teses, seja também na doutrina, a análise não se deparou com qualquer defesa de eventual inconstitucionalidade do § 3º do art. 5º da Constituição introduzido pela EC nº 45/2004. Isso demonstra, em larga medida, as limitações no exercício da jurisdição constitucional brasileira que não consegue superar a distinção entre vigência e validade.

A tarefa crítico-reflexiva da parte inicial da tese foi determinante, na medida em que se colocou como pergunta pelas possibilidades de revolvimento do chão linguístico sob o qual se assentam os discursos de caráter hierárquico-normativistas do imaginário político e jurídico quando lidam com os

⁷⁵⁰ Cf. A Convenção Internacional sobre os Direitos das pessoas com deficiência (Decreto nº 6.949, 25/08/2009) em relação à Declaração Universal dos Direitos Humanos e aos Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, como por exemplo, a Convenção Americana.

compromissos internacionais de direitos humanos. Isso porque, para se criar condições de emergir outros horizontes teóricos e normativos no âmbito dos direitos humanos, em particular, dos tratados internacionais no constitucionalismo brasileiro, se fazia necessário desvelar algumas obviedades que orientam a racionalidade dominante e que interpelam a experiência presente.

Ou seja, a primeira parte do trabalho objetivamente demonstrou que o problema posto pela pesquisa é próprio e original, uma vez que considerando o cenário de afirmação dos direitos humanos, o qual tem nos tratados internacionais um apoio fundamental, aparecem aprisionados e reduzidos em uma racionalidade que não permite melhores horizontes teóricos e interpretativos conforme se extrai da análise crítica da jurisprudência e da doutrina. Logo, o caminho para responder ao problema (pergunta), a partir disso aponta para a necessidade de nova racionalidade (dialógico-hermenêutica) comprometida com a historicidade da compreensão, com a densidade teórica das práticas interpretativas (e sua responsabilidade política) e com a pluralidade normativa das diversas fontes constitutivas do Direito, inclusive, aquelas desenvolvidoras da interface internacional da Constituição.

Antes, porém, registre-se que outra parcela de juristas, nacionais e internacionais (capítulo 3), diante desse cenário de dificuldades teóricas, legislativas e jurisprudenciais, buscou empreender a defesa da ideia de diálogos entre sistemas de justiça e entre fontes, visando à aproximação de Cortes nacionais e internacionais e de sistemas de direito, como tentativa de suplantar o denunciado cenário de fragmentação teórica e insegurança jurídica. Tomando por consideração que o diálogo (hermenêutico) seria uma concepção fundamental para a tese, houve a preocupação de buscar distingui-lo dos diálogos de que tratavam àqueles outros autores, sob pena de se incorrer nas mesmas objeções ou na falta de originalidade da proposta. Portanto, além de conveniente, se fez teoricamente importante debater os principais aspectos que distanciavam os diálogos entre os sistemas de justiça e de direito e o diálogo hermenêutico. Foi possível observar que os diálogos entre os sistemas de justiça ou de conversação entre sistemas, epitetados como de caráter pragmático-instrumental, sem superar a racionalidade hierárquico-normativista,

apresentaram como traço comum uma velha aposta no protagonismo judicial para a superação dos desvios políticos e jurídicos no que tange às tentativas de aproximação de fontes e sistemas nacionais e internacionais de Direito.

Ademais, de forma fundamental, os diálogos de caráter pragmático-instrumental não conseguiram evidenciar suporte metodológico ou comparatista – e mesmo dialógico – que pudesse excetuar a racionalidade combatida e/ou constituir-se como meio propriamente hermenêutico. Nessas condições, os diálogos foram percebidos como uma funcionalização finalística e, por vezes, aparentemente empírica, como disse Vergottini, baseados em uma suposta experiência de autoridade dos Tribunais nacionais e das Cortes internacionais de trocarem conhecimentos em busca de harmonização protetiva ou como critério de autoridade para ser usado pelo juiz no momento da interpretação, portanto, aparentemente ainda dentro do paradigma hierárquico-normativista.

Acontece que a defesa de um sistema interjurisdicional de justiça internacional baseado em diálogos como pretense comércio voluntário entre juízes, no atual estágio de afirmação constitucional do Brasil, representaria um retrocesso social em termos de conquistas democráticas, em particular, no que diz respeito ao (des)controle das decisões judiciais. Da mesma forma, o diálogo das fontes como critério de decisão (pós-compreensivo), dependente do manejo aplicativo dos juízes, cindindo em partes o processo de interpretação, não representaria superação à relação sujeito-objeto. Considerando que um dos principais problemas jurídicos contemporâneos é a própria discricionariedade, oriunda de um cenário de insuficiência teórica e de fatalidade interpretativa, ampliar o espaço para âmbito internacional, bem como a delegação das competências políticas para o judiciário, não resolveria o problema da produção democrática do Direito, sobretudo, no que tange aos tratados internacionais como, aliás, ficou evidenciado nos primeiros capítulos. Em última análise, seria apenas migrar de um sistema hierárquico para outro.

A questão é que apenas a contraposição da norma internacional ao direito nacional não tem se apresentado como adequado (contra)ponto dialógico às limitações interpretativas e a hierarquização (formal) da ordem nacional. De fato, a ausência de comunicação intersistemas é prejudicial para a produtividade do próprio direito constitucional, porém isso precisa ser

construído dialogicamente entre teoria e prática, visando à abertura controlada de uma interface internacional do direito constitucional sem perder o norte dos direitos humanos, a democracia e a autonomia política e jurídica das instituições nacionais. Logo, os diálogos entre sistemas de justiça e direito ou de cunho pragmático-instrumental não se constituem em alternativa hermenêutica com-partilhada para superar a racionalidade formal hierárquico-normativa, a qual obscurece a melhor teorização e normatividade em direitos humanos, uma vez que não se revelam como metodologicamente dialógicos ou estruturados reflexivamente.

Portanto, se pode constatar que até aqui foram alcançados os objetivos de descrever e analisar criticamente as premissas do paradigma dominante baseado na visão hierárquico-normativista sobre tratados internacionais de direitos humanos, especialmente, sob o qual se assenta a jurisprudência do STF pós-CF/88, bem como seu compartilhamento (formal) com a doutrina mais corrente. Com isso, oportunizou-se a pergunta pelas condições para se estabelecer as novas premissas conteudísticas (dialogais) do/no Direito, no âmbito do direito internacional dos direitos humanos, sem depender de um modelo hierarquizado e que passou a apostar na “horizontalidade” dos diálogos pragmático-instrumentais ou na “verticalidade” de um eventual modelo de controle de convencionalidade, como saídas finalísticas para o problema de complexidade interpretativa.

A segunda parte da tese (capítulo 4), partindo de uma estratégia hermenêutica (antipositivista) diante das condições criadas mediante a análise crítica antes delineada, empreendeu como objetivo específico a defesa da proposição de que o estruturante modo-de-ser dialógico-hermenêutico seria capaz de iluminar outras possibilidades, ontológico-compreensivas para a relação entre Constituição e Tratados internacionais de direitos humanos, entre direito internacional e direito interno e entre direitos humanos e fundamentais com direta repercussão no âmbito pragmático-interpretativo onde se situa a noção de bloco de constitucionalidade.

A partir disso a hermenêutica de Gadamer foi trabalhada como condição de possibilidade alternativa para o cenário do conhecimento instrumental do Direito e da dependência da lógica hierárquico-normativista, com direta

repercussão no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil. Isso porque as limitações metodológicas do modelo tradicional dominante não conseguiu dar conta da realidade frente à totalidade do mundo e da experiência, evidenciando que a compreensão do acontecer da verdade dos discursos não depende de uma metodologia de cunho lógico-analítico, do tipo proposicional-descritivo (sujeito-objeto).

A hermenêutica, sob a tradição da linguagem (ontológica), chega para romper com a ideia de um prévio universo formal, perfeito e absoluto, revelando-se como capaz de abrir caminho para a verdade como acontecimento existencial, histórico e intersubjetivo. A verdade (hermenêutica) que emerge nesse paradigma é produto do entrecruzamento da história, da cultura e da tradição que traz em sua gênese a ideia de compartilhamento (linguístico) no qual, submetido a toda crítica da alteridade reflexiva, está mergulhado o intérprete.

Assim, com base no discurso dialógico-hermenêutico e com seu rasgo pré-metodológico, auferiu-se a reorientação da compreensão de supremacia material da Constituição com direta repercussão nas possibilidades epistêmicas dos tratados internacionais de direitos humanos para além do paradigma positivista-normativista. Ao se estabelecer o diálogo (hermenêutico) como reflexão filosófica e como condição de possibilidade da crítica ao dogmatismo dicotômico entre direito interno-internacional e entre direitos humanos-fundamentais, iluminaram-se caminhos conteudísticos para os tratados internacionais de direitos humanos em detrimento da afirmação procedimentalista da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos discursos monológicos causais-explicativos da doutrina.

A estruturação linguística do diálogo hermenêutico, ao revelar um grau de enraizamento compartilhado na produção do conhecimento, não se rendeu-se à lógica dos discursos hierárquico-normativistas. Na medida em que a estrutura dialógica se compromete com o horizonte da história que orienta o intérprete, interrogando e/ou deixando-se interrogar pelas práticas cotidianas, não se deixa conduzir pela subjetividade e pelo relativismo. No Direito, em particular, enquanto ciência interpretativa, a produção dos discursos também não está à deriva no mundo, senão condicionado pela interpelação da história

que, na mesma medida que lhe dá consistência, também lhe permite a abertura para desenvolvimento. Consequentemente, os direitos humanos não podem proporcionar respostas adequadas quando sonegados/isolados da/na história (hermenêutica) do constitucionalismo contemporâneo, mormente considerando o regime principiológico da Constituição brasileira e diante da relação umbilical (histórica) entre direitos humanos e direitos fundamentais.

Mobilizado pelo dissenso (pergunta dialógica), o diálogo hermenêutico frente ao estado d'arte, desencadeou uma espécie de desafio à experiência até então consolidada dentro de um horizonte histórico, a fim de consumir a verdadeira experiência hermenêutica. Nessa disposição de se deixar levar abertamente pela possibilidade interpelativa de não se ter compreendido adequadamente desde a primeira experiência e que mobiliza a essência dialógica, é que se reivindicou um novo olhar sobre a relação da Constituição e dos tratados internacionais de direitos humanos. Por isso, o diálogo para Gadamer faz com que a pré-compreensão, que determina o intérprete e modela o encontro, seja colocada em suspenso para permitir a abertura para novas expectativas de sentido através da interpelação do *outro*.

Assim é que o diálogo, quando se instaura, permite ir além-de-si-mesmo, pois é o *outro* – que nos interpela - que motiva a mobilização da estrutura dialógica, fazendo com que o intérprete saia de si e possa retornar de maneira diferente, como no caso, possa auferir uma nova compreensão acerca da temática. É a prudência do saber que não sabe ou de como pode não se ter compreendido adequadamente nas experiências anteriores, que impulsiona a busca pela partilha de unidade de sentido que constituem o modo-de-ser dialógico em contraposição à soberba e ao autoritarismo dos modelos monológicos dominantes. Ao operar na lógica explicitativa, a dogmática e as instituições políticas e judiciais não conseguiram aproximar de maneira consentânea as pontas da história e da realidade presente ao fim de mediar a identidade construtiva do Direito e da Constituição quanto à importância histórico-compreensiva dos tratados internacionais de direitos humanos. Na realidade, os discursos identificados não se orientaram pelo espiral hermenêutico, mas apenas pela argumentação monológica e causal da subjetividade assujeitadora.

A experiência de fusão de horizontes enquanto movimento que implica na reflexão ontológico-hermenêutica, atuou como interpelação interrogativa sobre algo que foi posto a descoberto, denunciando a limitação da experiência de mundo sobre o tema e que conduziu tanto as decisões do STF como o caudatarismo doutrinário. Por isso, a dinâmica dialógica, comprometida com a alteridade (o *outro*), atravessa o fenômeno da compreensão, fazendo com que a verdade se dê como acontecimento para aquele que se dispõe a colocar à prova seu horizonte ao encontro da (nova) experiência interpelativa conforme se promoveu buscando confirmar a hipótese. Na realidade, de forma geral, a habitualidade desse processo (circular hermenêutico) é que irá consolidar os contínuos conhecimentos e reconhecimentos da experiência, contínuas perguntas e respostas, enquanto permanente necessidade existencial de se estar descobrindo a novas expectativas de sentido para a ampliação de horizontes.

A busca da linguagem que seja compartilhada através do estímulo do *outro* tem fundamento na dinâmica da pergunta e da resposta, enquanto matriz da concepção de verdade historicamente condicionada pelo encontro com a *coisa mesma* em sua unidade de sentido. No ir e vir da pergunta e da resposta é que se dá a fusão (crítica) em busca da unidade de sentido, enquanto espaço comum de manifestação do pensamento dialógico, responsável pela construção histórica da experiência do intérprete.

A recuperação do perguntar foi posta como constatação fundamental para o Direito, na medida em que como atua com a finalidade de tirar o intérprete de seu estado monológico, estranhando o seu horizonte de compreensão, objetivou proporcionar novas respostas (hermenêuticas) sobre o tema dos tratados internacionais de direitos humanos no constitucionalismo brasileiro. A ultrapassagem dessa camada lógico-dogmática (rompimento da obviedade causal) pela interpelação (pergunta) através da reflexão dialógico-hermenêutica promoveu o debate sobre a legitimidade do sentido na visão hierárquico-normativista, para confirmá-lo ou não, no reencontro com a *coisa mesma*. O óbvio não teve sua legitimidade confirmada, pois como não há acesso direto às *coisas* ou acoplamento de sentidos, mas uma inexorável mediação linguístico-dialógica ao encontro da zona de comunidade

(hermenêutica), o perguntar foi capaz de re-iluminar a *coisa* sob um prisma até então não observado, ou melhor, sob novos pressupostos adequados de seu entendimento revelando que a visão hierárquico-normativista é reducionista e incompatível com a dialética entre direitos humanos (tratados) e Constituição.

A preponderância da pergunta dialógica tem a responsabilidade de trazer a *coisa* à presença, articulando expectativas de sentido que permitam manter sua continuidade substancial e a consolidação da tradição enquanto produto das respostas adequadas. No Direito, o impacto se manifesta em proporcionar verdades enraizadas pela reflexão dialógica com direta repercussão no compartilhamento e higidez histórica na produção (democrática) de sentidos. Através do modo-de-ser do diálogo (hermenêutico) é possível se contribuir para a recuperação da identidade da história institucional do Direito como fenômeno de comunidade, para além do protagonismo do intérprete, como leciona Streck. Assim, se a história revelada é produto da comunidade de intérpretes, costurada na dinâmica do perguntar e do responder, somente a partir dessa realidade horizontal comum é que se pode iniciar qualquer (r)evolução interpretativa.

Nesse particular, rememorando a análise crítica do caso dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, do ponto de vista doutrinário e jurisprudencial, observou-se que todas as proposições de sentido estiveram atreladas a discursos logicistas (hierárquico-normativistas), sem engajamento ontológico, os quais, mesmo em longo período de tempo, não conseguiram superar a racionalidade formal como fundamento último. Logo, sem compartilhamento. A análise inicial do trabalho demonstrou que, do ponto de vista hermenêutico, não houve estranhamento do horizonte hierárquico-normativo sob o qual se assentaram a jurisprudência do STF e o imaginário doutrinário. O principal motivo é que a pergunta (des)veladora não foi adequadamente formulada e, por consequência, a resposta auferida foi inadequada ao paradigma constitucional contemporâneo, incapaz de compreender o caráter constitutivo da Constituição e vinculatório instrumentos internacionais de direitos humanos.

Com efeito, nesta segunda parte (capítulo 4) confirmou-se a hipótese de que mediante uma nova racionalidade estrutural reflexiva é possível pensar a

aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos de maneira diversa da visão hierárquico-normativista empregada pela doutrina e jurisprudência do STF. É que o diálogo hermenêutico gadameriano, no horizonte da fenomenologia hermenêutica, ao se estruturar como modo-de-ser produtivo para a construção de sentidos, inclusive, no Direito, proporcionou uma adequada compreensão para a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos no constitucionalismo democrático brasileiro. Isso porque a hermenêutica (dialógica), enquanto novo paradigma da filosofia, ao proporcionar um tipo de reflexão prévia (estruturada) que não é alçada diretamente à teoria do conhecimento, estabeleceu uma ligação basilar (ontológica) com os aspectos históricos e contingentes da tradição que condicionam os discursos, levando a discutir a validade de algumas obviedades, as quais foram reveladas como inautênticas.

Por consequência, uma adequada epistemologia hermenêutica revelará que qualquer discurso locucional é, antes de tudo, um discurso hermenêutico, que desde sempre o acompanha, vincula e que não pode ser olvidado pelo intérprete. Em outras palavras, o *dito* sempre carrega consigo o *não-dito*, trazendo de forma indelével a reflexão do *a priori* estruturado, do movimento dialógico da pergunta e da resposta. Essa é a razão pela qual a adequação de uma pergunta (dialógica), no caso, suportada numa estrutura pré-reflexiva, permitiu a abertura para a reconstrução de caminhos de caráter epistemológico-hermenêutico (capítulo 5) para o tema dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, diante de uma nova paisagem constitucional internacionalizada do Direito. Assim, a hipótese além de confirmada, é referendada, na medida em que a partir do modo-de-ser da estrutura (ontológica) do diálogo, também se contribuiu para a construção de uma saída epistemológico-hermenêutica para o tema via desenvolvimento da noção de bloco de constitucionalidade.

O cenário descrito na primeira parte do trabalho revelou a necessidade e reivindicou um caminhar no sentido de desenvolvimento da internacionalização do Direito (Constitucional), como medida de potencialização dos canais democráticos e de normatividade constitucional em benefício das possibilidades de alinhamento jurídico entre Constituição e Tratados

Internacionais. Trata-se de expressão de autonomia do Direito, destinada a albergar a pluridimensionalidade dos direitos humanos e (re)posicionar a materialidade da supremacia constitucional na paisagem fragmentária vigente.

A recomposição da paisagem ou desses espaços constituiu-se em expressão da estrutura dialógica, com a finalidade de demonstrar ser possível romper com a lógica sistemático-formal dos discursos monológicos e comprometer-se conteudisticamente com a fluidez da história institucional do Direito. A partir disso, a lógica hierárquica-normativista dos discursos dominantes foi dialogicamente substituída por uma nova ideia de construção (hermenêutica) da normatividade constitucional. Por essa razão, na parte final da tese como proposição epistêmica do diálogo hermenêutico, com a finalidade de cumprir os objetivos específicos residuais, propôs-se construir novas perspectivas compreensivas para alguns temas de direitos humanos diretamente relacionados com a expressão/dimensão interpretativa dos tratados internacionais de direitos humanos e seu impacto material no espectro da normatividade constitucional.

O diálogo, enquanto modo-de-ser hermenêutico, ao interrogar (perguntar) a obviedade das práticas cotidianas de temas dos direitos humanos acabou permitindo a abertura e o preenchimento reflexivo do espaço havido pela tensão entre a dogmática plenitude de ordem jurídica e sua supremacia (hierárquico-normativista) e o processo de ampliação da normatividade constitucional abarcadora do direito internacional. E, nesse espaço, se inserem de maneira vinculante os direitos humanos e seus instrumentos internacionais de proteção como componentes da formação-consolidação de uma nova racionalidade epistemológico-hermenêutica para uma realidade jurídica pluridimensional de caráter constitucional facetado internacionalmente.

A primeira expressão desse modo-de-ser teve por objetivo específico trazer a co-originária e implicativa relação histórica entre direitos humanos e direitos fundamentais enquanto fenômenos linguísticos vinculados temporalmente e atrelada a dicotomia formalista entre direito interno e internacional. A relação de reciprocidade crescente entre direito internacional e direito constitucional implica um movimento reivindicar uma transformação do modo de produção e interpretação do/no Direito, mormente, se considerarmos o

dever dos Estados e da Sociedade em geral com os direitos humanos. Trata-se de uma condição de possibilidade a (des)integração dessa ideia formal “ordem” para a recomposição da relação entre direito constitucional e o direito internacional, entre Constituição e Tratados internacionais.

Desta forma, as tentativas de cisão entre direitos humanos e direitos fundamentais desvelaram-se como uma abstração semântico-formalista que não subsiste a uma análise hermenêutica, considerando o caráter histórico da compreensão na linha de Pérez Luño e Canotilho. Logo, não há como sonegá-los como fatos co-implicados de um processo linguístico apreendido historicamente, sob pena de, descuidando-se no tempo do caráter pragmático-moral havido talvez lá nos direitos naturais, obscurecer-se o verdadeiro sentido dos direitos humanos dentro da história constitucional contemporânea.

A interpelação dialógica posta pela dificuldade interpretativa, ao jogar o sujeito no mundo prático-reflexivo em busca de respostas tematizadas dentro da realidade fática da existência, faz a *coisa* se revelar como unidade compreensiva. Logo, a compreensão de direitos fundamentais, quando tomada apenas no âmbito causal e abstrato é fragmentária, contudo, seu desvelamento (dialógico) demonstrou que a adequada compreensão histórico-hermenêutica de sua (trans)formação denuncia que tem nos direitos humanos sua condição de possibilidade e legitimação. Mesmo porque qualquer medida de compreensão dos direitos humanos não pode estar restrita ou dependente de conceitos territoriais (espaciais), político ou mesmo jurídico de um Estado, senão numa visão mais abrangente histórica e conceitualmente autônoma capaz de integrar todos esses vetores simultaneamente, daí seu caráter ontológico em relação aos direitos fundamentais.

Assim é que a visão reducionista de cunho positivista não escapou da interpelação do diálogo quando se buscou recuperar o sentido histórico e compartilhado dos direitos humanos e fundamentais. Em uma reflexão epistemológico-hermenêutica, a diferença entre direitos humanos e fundamentais aparecerá como meramente ontológica, porém materialmente inseparável, em razão de sua estrutura histórico-linguística.

Por consequência, a compreensão ontológico-linguística entre direitos humanos e fundamentais é também indispensável para o objetivo específico da defesa da inconstitucionalidade parcial da EC nº 45/2004 no que diz respeito à introdução do § 3º no art. 5º da Constituição Federal, seja por violar o disposto no art. 60, § 4º, IV da Constituição, como também pelo conflito material com a principiologia constitucional de direitos humanos, conspirando contra a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), os objetivos fundamentais do (art. 3º), a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais (art. 4º, II) e a gênese dos direitos e garantias fundamentais a partir do próprio art. 5º e seus parágrafos. Mas, derradeiramente, pelo fato de que embora o legislador tenha pretendido categorizar constitucionalmente os tratados internacionais de direitos humanos, não poderia tê-lo feito em colisão com a dinâmica dos parágrafos originários do art. 5º da Constituição, tornando-os secundários, senão completamente ineficazes.

A questão que se observou para se chegar à inconstitucionalidade parcial da EC nº 45/2004 neste tocante foi a dificuldade da comunidade jurídica em achar respostas para perguntas complexas ou respostas que demandem argumentação interpretativa, o que resultou na busca de uma metodologização formal como a “resposta” ao “problema”. Contudo, é preciso convir que os §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição nunca foram adequadamente interrogados dentro da história e da principiologia constitucional, de maneira que considerá-los insuficientes para uma resposta (hermenêutica) à temática dos direitos humanos e seus instrumentos dentro da Constituição são fatores determinantes para a arguição de inconstitucionalidade parcial da emenda. Não é por menos que o próprio § 3º introduzido pela emenda exigiu do STF pronunciamento sobre o modo de sua aplicação, nada obstante tudo o que já havia sido consolidado na égide dos parágrafos 1º e 2º. Registre-se que a consequência (negativa) disso, foi o que se observou de forma crítica especialmente no capítulo 2.

Os parágrafos 1º e 2º do art. 5º da Constituição admitiam melhor desenvolvimento hermenêutico. Por isso, de maneira fundamental e imbricada, considerando a natureza especial dos tratados internacionais de direitos humanos, a principiologia constitucional brasileira e a relação ontológica entre

direitos humanos e fundamentais oportunizou-se dialogicamente, referendando a hipótese, o objetivo da abertura necessária para o desenvolvimento da noção de bloco de constitucionalidade. A construção e a consolidação da noção de bloco de constitucionalidade exsurge da pergunta (dialógica) pela dimensão interpretativo-normativa dos direitos humanos em face ao negado vigor contudístico dos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição. Ao se assimilar o caráter histórico-compreensivo dos direitos humanos e fundamentais, o bloco de constitucionalidade se viabiliza como vetor epistemológico-hermenêutico para a modificação de entendimento sobre tratamento dispensado aos referidos instrumentos internacionais e como inexorável dimensão da materialidade constitucional.

De fato, embora se reconheça que o processo de comunicação entre a Constituição e o Direito Internacional tenha nos direitos humanos o canal de aproximação, somente o esforço dialógico-hermenêutico favoreceu a reflexão para mediar a material reciprocidade entre as duas fontes a partir da abertura horizontal surgida do reconhecimento da diferença meramente ontológica entre direitos humanos e fundamentais. Assim, enraizado ontologicamente o discurso, abriu-se espaço para a construção do bloco de constitucionalidade como dimensão interpretativa (e normativa) da Constituição brasileira e alternativa à visão hierárquico-normativista que, ao cindir direitos fundamentais e direitos humanos e fundamentais, desarmonizou formal e materialmente a relação entre Constituição e Tratados Internacionais de direitos humanos.

A partir disso, considerando a normatividade aberta e autoaplicável do art. 5º em seus parágrafos originários, a adequada compreensão de bloco de constitucionalidade deverá ser vista como parâmetro hermenêutico da jurisdição constitucional, a qual também dá vigor material à força normativa da Constituição e ao universo dos direitos e garantias fundamentais. Por isso, também deverá constituir-se em instrumento de elevado valor ético e democrático consagrado com toda a carga principiológica do texto matriz, pois representa a consolidação hermenêutica da teoria constitucional internacionalizada nos limites materiais-interpretativos da própria Constituição.

Trata-se de uma constatação decorrente da mudança de racionalidade, da plenitude da ordem e supremacia formal, para uma compreensão

pragmático-interpretativa mais aberta, multinível e material de Constituição como afirmou Häberle, facilitadora do reconhecimento/fertilização de outras esferas de construção e aplicação jurídicas no regime constitucional contemporâneo, desbordando as fontes tradicionalmente como conhecidas e aplicadas.

A noção de bloco de constitucionalidade, como assentou Bidart Campos, se qualifica como um conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores que representam a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função daquilo que nela é consagrado. Dessa maneira, em razão da carga principiológica da Constituição brasileira e, em particular, do disposto no art. 5º, §§ 1º e 2º, a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos são a resposta a sua interpelação, pois albergados em sua dimensão normativo-interpretativa. Logo, além de parâmetro amplificador do catálogo normativo do texto constitucional brasileiro, os tratados internacionais, por prescindirem de formal inclusão no texto em face da sua integração material (interpretativa), passariam a compor o núcleo fundamental da Constituição, formando assim o bloco de constitucionalidade.

A ideia de bloco de constitucionalidade, na perspectiva dos direitos humanos, se dá como expressão da iluminação hermenêutica de novos caminhos da normatividade (internacionalizada) em razão da fertilização constitutiva da própria Constituição na direção dos tratados internacionais de direitos humanos. Portanto, a materialidade da Constituição coloca-se como horizonte de possibilidades de sentido às perguntas e respostas dialógicas acerca dos temas políticos, jurídicos e sociais em sede de direitos humanos, as quais terão *no* e a partir *do* próprio texto a validação de qualquer verdade normativo-interpretativa.

Logo, a dimensão normativa das Constituições democráticas não deve se exaurir na análise da literalidade textual da atividade legislativa, senão no aprofundamento da qualidade produtiva teórico-interpretativa da comunidade de intérpretes, conforme disse Häberle, ao lado de uma qualificada jurisdição constitucional. A normatividade, por não ser estática, se constrói continuamente como resultado do modo de ser dialógico do próprio Direito. A concepção de Constituição precisa ser libertada do imaginário da visão piramidal (formal) e

das lógicas autoritárias para, compartilhadamente, passar a ter sua identidade (re)construída de forma dialógico-hermenêutica.

Diante disso e, por derradeiro, pelos resultados epistemológicos auferidos, o diálogo mostrou-se como modo-de-ser hermenêutico capaz de estruturar-se como racionalidade alternativa para ilidir as práticas jurídicas dominantes dependentes dos subjetivismos dos formalismos semânticos, dos argumentos causais-explicitativos e dos monólogos-ideológicos que se expressam no paradigma hierárquico-normativista. No entanto, à comunidade jurídica e política cumprirá o dever de exercitar e compartilhar o discurso ontológico-reflexivo para além da normativismo-hierárquico ao fim de assegurar democraticamente a transição segura de um modelo para outro, sem prejuízo das obrigações emergentes dos direitos humanos e da preservação das conquistas sociais do constitucionalismo contemporâneo.

A paisagem complexa e plural do cenário político e a normatividade (internacionalizada) das Constituições democráticas de hoje, orientadas para compromisso com os direitos humanos, mesmo diante dessas proposições (não-definitivas), continuará perguntando e exigindo novas respostas epistemológico-hermenêuticas. Assim, as perguntas (dialógicas) terão a função de continuar proporcionando a adequada abertura hermenêutica para garantir o fluxo contínuo e mediado da história sempre que se fizerem necessários novos projetos de sentido no horizonte do Direito e da Constituição frente à realidade social.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. 11. ed. São Paulo, Saraiva, 1972.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del tribunal constitucional en período 2006-2011. **Estudios Constitucionales**, Año 10, Nº 2. ISSN 0718-0195. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, 2012.

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Trad. de Jorge de Sena. Espanha, Barcelona: Gedisa, 1994.

ALMEIDA, Custódio Luís S. de. ALMEIDA, Custódio. Hermenêutica e dialética: substituição ou complementação? **Filosofia Unisinos**. V. 3, Nº 4 (pp. 155-170). São Leopoldo: Unisinos, 2002.

_____. Hermenêutica e dialética: Hegel na perspectiva de Gadamer. In: ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans Georg; ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

ARNAUD. André-Jean. **O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do estado**. Trad. Patrice Charles Guillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. 48. ed. Coleção Saraiva de Legislação. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 72.131**, plenário, Brasília, DF, 23 de novembro de 1995. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>. Acesso em: 01 out. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 349.703**, plenário, Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008, p. 694. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>. Acesso em: 01 out. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 1480 MC**, plenário, Brasília, DF, 04 de setembro de 1997, p. 231. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>. Acesso em: 01 out. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 206.482**, plenário, Brasília, DF, 27 de maio de 1998, p. 669. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=240509>. Acesso em: 01 out. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 77.527**, plenário, Brasília, DF, 23 de setembro de 1998, p. 2559. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=77382>. Acesso em: 01 out. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso ordinário em habeas corpus nº 79.785**, plenário, Brasília, DF, 29 de março de 2000, p. 290. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661>. Acesso em: 01 out. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 81.319**, plenário, Brasília, DF, 24 de abril de 2002, p. 193-195. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78700>. Acesso em: 01 out. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Linha Sucessória dos Ministros do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfComposicaoMinistroApresentacao&pagina=linhasucessoria>. Acesso em 01 de out. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no mandado de injunção nº 772**, plenário, Brasília, DF, 24 de abril de 2002, p. 61. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=582646>. Acesso em: 01 out. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 466.343**, plenário, Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008, p. 1116-1117. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 01 out. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 349.703**, plenário, Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008, p. 694. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>. Acesso em: 01 out. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 87.585**, plenário, Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008, p. 273. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>. Acesso em: 01 out. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 92.566**, plenário, Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008, p. 451-471. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595384>. Acesso em: 01 out. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 132**, plenário, Brasília, DF, 05 de maio de 2011, p. 211-212. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 01 out. 2014.

BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____. Direitos humanos, democracia e globalização. STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago (Org.). **20 anos de Constituição**: os direitos humanos entre a norma e a política. São Leopoldo: Oikos, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

BOLZAN DE MORAIS, J. L.; VIEIRA, Gustavo Oliveira. Estado e Constituição em tempos de abertura: a crise conceitual e a transição paradigmática num ambiente intercultural. In: **Revista de Estudos Constitucionais**,

Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). Vol. 5, n. 2, julho-dezembro 2013.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BIDART CAMPOS, Germán J. **El derecho de la constitución y su fuerza normativa**. Buenos Aires: Ediar, 1995.

_____. **La interpretación del sistema de derechos humanos**. Buenos Aires: Ediar, 1994.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. De l'internationalisation du dialogue des juges. Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois. **Le dialogue des juges**. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois, Paris, Dalloz, 2009, pp. 95-130. In http://www.univ-paris1.fr/fileadmin/IREDIES/Contributions_en_ligne/L._BURGORGUE-LARSEN/M%C3%A9langes/LBL_M%C3%A9langes_Genevois-1.pdf Acesso em: 01 out. 2014.

BUSTOS GISBERT, Rafael. Diálogos jurisdiccionales en escenarios de pluralismo constitucional: la protección supranacional de los derechos en Europa. In Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coord.) **La ciencia del derecho procesal constitucional**. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. T. IX: Derechos humanos y tribunales internacionales. México: UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

CALDERA INFANTE, Jesús Enrique. El bloque de constitucionalidade como herramienta de protección de los derechos fundamentales. In: VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. **Derecho procesal constitucional**. Tomo III, Volumen I. Bogotá: VC Editores Ltda., 2012.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Vol. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

_____. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI**, pp. 407-490. Disponível em:

<http://www.oas.org/dil/esp/407->

[490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf) Acesso em 01 out. 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **“Brancos” e a interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2008.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

CARNEIRO, Wálber Araújo. O direito e as possibilidades epistemológicas do paradigma hermenêutico. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (Org.); ROSA, Alexandre et al. **Hermenêutica e epistemologia**: 50 anos de verdade e método. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CASTELLS, Manuel. Para o Estado-rede: Globalização econômica e instituições políticas na era da informação. In: **Sociedade e estado em transformação**. BRESSER PEREIRA, L.C., WILHEIM, Jorge, SOLA, Lourdes (orgs.). São Paulo: Editora Unesp; Brasília: Enap, 1999.

CHEVALLIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COIMBRA, Márcio. Terremoto político na europa. **Brasil Post**, 28 maio 2014. Disponível em: http://www.brasilpost.com.br/marcio-coimbra/terremoto-politico-na-europa_b_5400454.html Acesso em: 15 set. 2014.

COLÔMBIA, Corte Constitucional. **Sentencia C-067/2003**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-067-03.htm> Acesso em: 31 out. 2014

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

CONVENÇÃO de Viena sobre o Direito dos Tratados: adotada em 23 de maio de 1969. Assembleia Geral das Nações Unidas. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/legislacao/convencao-de-viena-sobre-o-direito-dos-tratados-1/>>. Acesso em: 01 out. 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

D'AGOSTINI, Franca. **Analíticos e continentais**: guia à filosofia dos últimos trinta anos. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: UNISINOS, 2003.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Les forces imaginantes du droit (III)**: La refondation des pouvoirs. Paris: Seuil, 2007.

_____. **Les forces imaginantes du droit (II)**: Le pluralisme ordonné. Paris: Seuil, 2006.

_____. **Les forces imaginantes du droit (I)**: Le relative et l'universel. Paris: Seuil, 2004.

_____. **Por um direito comum**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. **Três desafios para um direito mundial**. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

DÍAZ, Elías. **Estado de derecho y sociedade democrática**. 4. ed. Madrid: Taurus, 2010.

DOUZINAS, Costa. **O fim dos direitos humanos**. Trad. Luzia Araújo. São Paulo: Editora Unisinos, 2009.

DUTRA, Jeferson Luiz. Jurisprudência dos Valores. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FAVOREU, Louis; RUBIO LLORENTE, Francisco. **El bloque de la constitucionalidad**. 1. ed. Madrid: Civitas, 1991.

FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. **Hermenéutica jurídica**: en torno a la hermenéutica de Hans-Georg Gadamer. Valladolid: Secretariado de Publicaciones da Universidad de Valladolid, 1992.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do estado nacional. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FLICKINGER, Hans-Georg. Da experiência da arte à hermenêutica filosófica. In ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans Georg; ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 12. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2012.

_____. **Verdade e método II**: complementos e índice. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2011.

_____. **La dialéctica de Hegel**. Cinco ensayos hermenêuticos. 8. ed. Madrid: Catedra, 2011.

_____. **O problema da consciência histórica**. Pierre Fruchon (Org.). Tradução Paulo César Duque Estrada. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

_____; KOSELLECK, Reinhart. **Historia y hermenéutica**. Barcelona, Paidós, 1997.

_____. **Hermenêutica em retrospectiva**: a virada hermenêutica. 2. ed. RJ: Editora Vozes, 2007.

_____. Da palavra ao conceito. In ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans Georg; ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000

GALÁN, Pedro Cerezo. **Reivindicación del diálogo**. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1997.

GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. In: **Les juges dans la mondialisation: la nouvelle révolution du droit**. Paris: Ed. du Seuil; La République des idées, 2005.

GIDDENS, Anthony. **O mundo na era da globalização**. Trad. Saul Barata. Lisboa: Editorial Presença, 2000.

GARCÍA ROCA, Javier; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; BUSTOS GISBERT, Rafael. La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo. In: GARCÍA ROCA, Javier; SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Pablo Antonio; SANTOLAYA MACHETTI, Pablo; CANOSA USERA, Raúl. (Orgs.) **El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos**. Madrid: Civitas, 2012.

_____. El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público europeo. **Teoría y realidad constitucional**, nº 30. Madrid: ENED, 2012.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Trad. Claudia Berliner. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos (Col. Focus): 1999.

_____.; GADAMER, Hans-Georg. Retrospectiva Dialógica à obra reunida e sua história de efetuação (entrevista de Jean Grondin com H. -G. Gadamer). In ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans Georg; ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

HÄBERLE, Peter. La jurisdicción constitucional en la sociedad abierta. In Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coord.) **La ciencia del derecho procesal constitucional**. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, T. I, teoría general del derecho procesal constitucional. México: UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

_____. **Pluralismo y constitución:** estúdios de teoria constitucional de la sociedad aberta. Madrid: Tecnos, 2002.

_____. Derecho constitucional común europeo. Trad. Emilio Mikunda Franco. **Revista de Estudios Político.** Nº. 79, 1993.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez:** sobre el derecho y el estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso. Madrid: Trotta, 1998.

_____. **Teoría de la acción comunicativa:** racionalidad de la acción. Vol. 1. Tauros, Madrid, 1987.

_____. **Dialética e hermenêutica.** Trad. Álvaro Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna:** uma pesquisa sobre as origens da Mudança Cultural. Trad. Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo I.** v. 1. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

HERDEGEN, Matthias. La internacionalización del orden constitucional. In: **Anuário Latino-Americano de derecho constitucional,** 2010. 16º año. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2010.

ÍÑIGO, Emilio Lledó. Introdução Geral. In: **Platão.** Diálogos. Tomo I. Madrid: Biblioteca Clásica Gredos, 1985.

HITTERS, Juan Carlos. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). **Estudios Constitucionales,** Año 7, Nº 2. ISSN 0718-0195. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, 2009.

_____. El proceso supranacional (El derecho procesal supranacional). **Liber Amicorum:** Héctor Fix-Zamudio. Volumen II. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998.

JACKSON, Vicki C. **Constitutional Comparisons**: Convergence, Resistance, Engagement. Harward Law Review, vol. 119. Cambridge/MA: The Harward Law Review Association, 2005.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**, Haye, Nijhoff, II, v.251, 1995.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

_____. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho**. Madrid: Editorial Reus, 2009.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos**: Constituição, racismo e relações. Barueri: Manole, 2005.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LYOTARD, Jean François. **A condição pós-moderna**. 5 ed. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1998.

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito, volume 2**: o século XX. Trad. Luca Lamberti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

_____. **Sistema e estrutura no direito, volume 1**: das origens à escola histórica. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Editora WM Martins Fontes, 2008.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitución**. 2. ed. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O paradoxo dos direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR** (Curitiba), n. 52, 2010.

MARIGHETTO, Andrea. O “diálogo das fontes” como forma de passagem da teoria sistemático-moderna à teoria finalística ou pós-moderna do Direito. In: MARQUES, Cláudia Lima; KLEE, Antonia Espíndola Longoni (Coord.) et al. **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. MARQUES, Cláudia Lima; KLEE, Antonia Espíndola Longoni (Coord.) et al. **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo” das fontes no combate às cláusulas abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, nº 45, jan.-mar. 2003.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’. **Novos Estudos**, CEBRAP, São Paulo, nº 58, nov. 2000.

MAZZUOLI, Valério. Art. 5º, § 3º. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

_____. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. rev., atual. e ampl. (Coleção direito e ciências afins v. 4). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Curso de direito internacional público**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. O novo § 3º do artigo 5º da Constituição e sua eficácia. In: GOMES, Eduardo Biacchi; REIS, Tarcísio Hardman (coords.). **O direito constitucional internacional após a emenda 45/04 e os direitos fundamentais**. São Paulo: Lex Editora, 2007.

MELGARÉ, Plínio. Direitos Humanos: uma perspectiva contemporânea – para além dos reducionismos tradicionais. **Revista de Informação Legislativa**, ano 39, nº. 154, abr./jun. 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva: IDP, 2011.

MIRAGEM, BRUNO. *EPPUR SI MUOVE*: Diálogo das Fontes como método da interpretação sistemática no direito brasileiro. In. MARQUES, Cláudia Lima; KLEE, Antonia Espíndola Longoni (Coord.) et al. **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

MORATALLA, Agustin Domingo. **El arte de poder no tener razón: la hermenéutica dialógica de H.G. Gadamer**. Salamanca: Publicaciones Universidade Pontifica de Salamanca, 1991.

MÜLLER, Friedrich. Teoria e interpretação dos Direitos Humanos nacionais e internacionais: especialmente na ótica estruturante do Direito. Trad. Vivianne Gerales Ferreira. In. CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (coord.). **Direitos humanos e democracia**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MUÑOZ, J. J. El bloque constitucional como parámetro del Control Constitucional en México. **Revista Debate Social**, ITESO, Guadalajara, n. 23, 2012.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **A proteção constitucional do consumidor**. 2. ed. Rio de Janeiro Forense, 2010.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

OST, François; KERCHOVE, Michel Van de. De la pyramide au réseau? Vers un nouveau mode de production du droit? **Revue interdisciplinaire d'études juridiques**. Vol. 44. Bruxelles: Université Saint-Louis, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. **Manual de direito internacional público**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **El desbordamiento de las fuentes del derecho**. Madrid: La Ley, 2011.

_____. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2010.

_____. **El desbordamiento de las fuentes del derecho**. Sevilla: Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, 1993.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003.

RABIN, Cláudio Goldberg. Saiba quem e o que defendem os principais partidos de extrema direita da Europa; Grupos nacionalistas contra a União Europeia ganharam espaço nas últimas eleições do Parlamento Europeu. **Zero Hora**, 30 de maio 2014. Disponível em:

<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2014/05/saiba-quem-e-o-que-defendem-os-principais-partidos-de-extrema-direita-da-europa-4513968.html>

Acesso em: 15 set. 2014.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência do direito**. Trad. de Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

REY CANTOR, Ernesto. REY ANAYA, Angela Margarita. **Medidas provisionales y medidas cautelares em el sistema interamericano de derechos humanos**. Bogotá: Editorial Temis S/A, 2005.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público**: Curso Elementar. 10. ed., 3. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Direito Comunitário no Mercosul. **Revista Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. Ano 5, nº 18, 1997.

ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**. Col. Ideias, vol. 7. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

_____. **Hermenêutica filosófica**: uma configuração entre a amizade aristotélica e dialética dialógica. Síntese, Belo Horizonte, v. 31, nº 100, 2004.

_____. Hermenêutica metodológica e hermenêutica filosófica. **Revista de Filosofia**. Centro de Ciências Humanas da Unisinos, v. 4, nº 6, São Leopoldo, 2003.

RUBIO LLORENTE, Francisco. **La forma del poder**. Estudios sobre la constitución. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Novas geometrias e novos sentidos: Internacionalização do Direito e internacionalização do diálogo dos sistemas de justiça. In: **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. STRECK, Lenio Luiz, ROCHA, Leonel Severo, ENGELMANN, Wilson. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo, UNISINOS, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2002.

_____. **Globalização e as Ciências Sociais**. São Paulo: Cortez, 2002.

_____. O Estado e o direito na transição pós-moderna. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, nº 30, junho/1990.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

_____. A Reforma do Judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: observações sobre o § 3º do art. 5º da Constituição. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1338
Acesso em: 29 de set. 2014.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SLAUGHTER, Anne-Marie. **A new world order: government networks and the disaggregated State**. Princeton: Princeton University Press, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

_____. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

_____. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, v. XLVI, 2006.

_____. Reflexões hermenêuticas acerca do papel (dirigente) da Constituição do Brasil e os (velhos) obstáculos à concretização dos direitos fundamentais/sociais. In. CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (coord.). **Direitos humanos e democracia**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____; DE LIMA, Rogério Montai. Relações homoafetivas: A conversão da união estável em casamento. **Consultor Jurídico**, Coluna Senso Incomum (06/07/2011). Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-jul-06/uniao-homoafetiva-direito-conversao-uniao-estavel-casamento> Acesso em: 01 out. 2014.

_____; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomáz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. Vol. 1, n. 2:75-83 julho-dezembro 2009. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47/2401> Acesso em: 01 out. de 2014.

_____. Diretas já no Judiciário é ponto para a democracia. **Consultor Jurídico**, Coluna Senso Incomum (20/12/2012). Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-dez-20/senso-incomum-diretas-poder-judiciario-ponto-democracia> Acesso em: 01 de out. 2014.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

_____. STEIN, Ernildo. É a hermenêutica filosófica filosofia? (p. 65-85) In: **Filosofia Unisinos**, São Leopoldo, v. 3, nº 4, 2002.

_____. Gadamer e a consumação hermenêutica. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (Org.); ROSA, Alexandre et al. **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (Des)estruturando a Justiça**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Qual a função do Estado Constitucional em um constitucionalismo transnacional? In STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2012.

UNESCO. **Human Rights: comments and interpretations; a symposium edited by UNESCO, with an introduction by Jacques Maritain**. Paris, 25 July 1948. Disponível em: <http://www.unesco.org/new/es/unesco/resources/online-materials/publications/unesdoc-database/> Acesso em: 27 de set. 2014.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo. **Bloque de constitucionalidade, derechos humanos y proceso penal**. Colombia: Consejo Superior de la Judicatura, 2008.

_____. **El bloque de constitucionalidad en Colombia**. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Vol. I. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Compiladores: Daniel O'Donnell, Inés Margarita Uprimny y Alejandro Valencia Villa (2001). Disponível em http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=sistema_judicial&publicacion=72 Acesso em 29 de set. 2014.

VENTURA, Deyse. Do Direito ao Método e do Método ao Direito. In: CERQUEIRA, Daniel; FRAGALLE FILHO, Roberto (orgs.). **O ensino jurídico em debate**: o papel das disciplinas propedêuticas na formação jurídica. Campinas: Millenium Editora, 2006.

VERGOTTINI, Giuseppe De. **Más allá del diálogo entre tribunales**. Madrid: Civitas-Thompson Reuters, 2010.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. Rio de Janeiro: Record, 2004.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. Vol. 1, 1. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1994.

_____. A fantasia jurídica da igualdade: democracia e direitos humanos numa pragmática da singularidade. **Sequência**, UFSC, Florianópolis, vol. 13, nº 24, set./1992, p. 36-54.

WITTGENSTEIN, L. **Os pensadores**. São Paulo, Nova Cultural, 1991.