

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Sandra Alves de Santana e Fonseca

**A DISCRICIONARIEDADE DO ESTADO NA ACEITAÇÃO DO REFUGIADO NO
CONTEXTO DOS DIREITOS HUMANOS:**

a recusa dos refugiados pelo Estado constitui violação dos Direitos Humanos?

Belo Horizonte

2014

Sandra Alves de Santana e Fonseca

**A DISCRICIONARIEDADE DO ESTADO NA ACEITAÇÃO DO REFUGIADO NO
CONTEXTO DOS DIREITOS HUMANOS:**

a recusa dos refugiados pelo Estado constitui violação dos Direitos Humanos?

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Luiz Quadros de Magalhães

Área de Concentração: Direito Público

Linha de Pesquisa: Direitos Humanos, processos de integração e constitucionalização do Direito Internacional.

Belo Horizonte

2014

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

F676d	<p>Fonseca, Sandra Alves de Santana e</p> <p>A discricionariiedade do Estado na aceitação do refugiado no contexto dos direitos humanos: a recusa dos refugiados pelo Estado constitui violação dos Direitos Humanos? / Sandra Alves de Santana e Fonseca. Belo Horizonte, 2014.</p> <p>103 f.:il.</p> <p>Orientador: Luiz Quadros de Magalhães</p> <p>Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.</p> <p>1. Direitos humanos. 2. Discricionariiedade. 3. Refugiados. 4. Hermenêutica (Direito). I. Magalhães, Luiz Quadros de. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.</p> <p>SIB PUC MINAS</p> <p>CDU: 342.7</p>
-------	--

Sandra Alves de Santana e Fonseca

**A DISCRICIONARIEDADE DO ESTADO NA ACEITAÇÃO DO REFUGIADO NO
CONTEXTO DOS DIREITOS HUMANOS:**

a recusa dos refugiados pelo Estado constitui violação dos Direitos Humanos?

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Prof. Dr. José Luiz Quadros de Magalhães (Orientador) - PUC Minas

Prof. Dr. Mário Lúcio Quintão Soares - (PUC Minas)

Prof.(a) Dra. Tatiana Ribeiro de Souza - (UFOP)

Belo Horizonte, 02 de junho de 2014.

RESUMO

O presente estudo aborda o relevante tema da discricionariedade do Estado na aceitação do refúgio no contexto dos direitos humanos, através da análise dos mecanismos do direito internacional com a interação ao direito interno do Estado, criando o necessário núcleo axiológico da proteção do homem. Em vista do giro hermenêutico promovido pela compreensão da especialidade das normas internacionais, bem como do giro jurídico decorrente das normas de direito interno, afirma-se a prioridade dada à noção de dignidade e, conseqüentemente, aos Direitos Humanos. Nessa linha, a par do estudo da evolução histórica dos institutos pertinentes, apura-se o retrocesso jurídico que restringe a aplicação do refúgio decorrente da hermenêutica literal das normas internacionais, olvidando a hermenêutica filosófica e histórica dos direitos humanos internacionais, bem como a leitura, que não mais subsiste, da soberania absoluta do Estado. O mandamento constitucional brasileiro da necessidade de aprovação parlamentar dos Tratados Internacionais protetivos do homem firmados pelo Poder Executivo central perante a Comunidade estrangeira, tradicional sistema bifásico, deve ser dispensado, diante da atual interpretação do texto constitucional, dada a força cogente do respectivo preâmbulo no que toca à proteção dos Direitos Humanos, bastando, portanto, à imediata integração da declaração constitucional dos direitos fundamentais, à assinatura do pacto internacional. A pretensão final deste ensaio pretende buscar a compreensão, interpretação das normas de direito internacional em matéria de refúgio, especialmente àquele realizado por razões econômicas, a fim de orientar uma aplicação mais consentânea com a evolução dos direitos humanos e real proteção ao refugiado.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Discricionariedade do Estado. Refúgio Econômico. Hermenêutica.

ABSTRACT

The present study approaches the relevant issue of State arbitrariness in deciding to accept refuge in the context of the Human Rights, through the analysis of the mechanisms of the international rights in interaction with the State internal rights thus creating the axiological and necessary nucleus for men protection. On account of the hermeneutic standpoints promoted by the comprehension not only of the specificity of the international norms, but also of the law standpoints originated from the norms of the internal Right, the priority ascribed to the notion of dignity, and consequently to the Human Rights, is asserted. Following this line of thought, alongside with the study of the historical evolution of the pertinent institutes, one verifies a retrograde step in the law which restricts the application of refuge deriving from the literal interpretation of international norms and neglects the philosophical and historical hermeneutics of the international human rights as well as the reading, which no longer exists, of the State absolute sovereignty. The Brazilian constitutional commandment which includes the necessity of the Congress approval of the International Treats protective of men signed by the Brazilian Presidency before the foreign Community, a traditional doubled stage system, must be dismissed in face of the present interpretation of the constitutional text given the cogent strength of the respective preamble in what protection of the Human Rights is concerned, and that needs only the immediate integration of the constitutional declaration of the fundamental rights to the signature of the international pact. The final intention of this investigation is to try to search for the comprehension and interpretation of the international law norms in what refuge is concerned, especially the one which is accepted for economic reasons, in order to orient an application fitting the evolution of the human rights and the real protection of the refugees.

Keywords: Human Rights. State arbitrariness. Economic refuge. Hermeneutics.

“El humanismo, vocação permanente de
humanidad, pertenece a La esencia Del hombre”
(Mário Alzamora)

“As teorias são feitas geralmente na observação”
(Karl Popper)

LISTA DE QUADRO

Quadro 1 - Solicitação de refúgio por nacionalidade (até nov./2013).....	90
--	----

LISTA DE SIGLAS

ACLNR - Alto Comissariado da Liga das Nações para Refugiados

ACNUR - Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados

ACRR - Alto Comissariado para Refugiados Russos

CE - Corte Europeia

CEDH - Corte Europeia de Direitos Humanos

CIR - Comitê Intergovernamental para Refugiados

CONARE - Conselho Nacional para Refugiados

CRER - Comissão Relativa ao Estatuto dos Refugiados

DIDH - Direito Internacional do Refugiado

EDH - Europeia de Direitos Humanos

EU - União Europeia

OC - Opinião Consultiva

OEA - Organização dos Estados Americanos

OIR - Organização Internacional dos Refugiados

ONGS - Organizações Internacionais

ONGs - Organizações não Governamentais

ONU - Organização das Nações Unidas

UNRRA - Administração das Nações Unidas para Socorro e Reconstrução

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DIREITOS HUMANOS: CONTEXTO HISTÓRICO	14
2.1 O entendimento racional do homem e sua posição singular no mundo.....	14
2.2 A luta em face da opressão pelo Poder e a afirmação de Direitos Humanos	16
2.3 A moderna universalização dos Direitos Humanos	22
2.4 Direitos Humanos e Direitos Fundamentais	26
3 A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL	31
3.1 A Constituição como instrumento de garantia particular em face dos arbítrios estatais: do Constitucionalismo antigo ao Constitucionalismo contemporâneo	31
3.2 Hermenêutica Filosófica e Hermenêutica Constitucional.....	36
3.3 A interpretação da Constituição: instrumentos da Nova Hermenêutica	44
3.4 A experiência Francesa; “Le bloc de constitutionnalité” e o preâmbulo da Constituição brasileira.....	50
4 A NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO IMEDIATA DAS NORMAS DE DIREITOS HUMANOS AO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....	58
4.1 A Constituição de 1988 no processo brasileiro de proteção dos Direitos Humanos	58
4.2 Análise crítica do sistema brasileiro de incorporação dos Tratados Internacionais de proteção dos Direitos Humanos.....	63
5 O SISTEMA INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS COM A IDEIA DE PROTEÇÃO DO HOMEM EM FACE AO PODER DO ESTADO.....	72
5.1 O direito internacional dos refugiados.....	74
5.2 A Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, com as alterações do Protocolo de 1967	75
6 OS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO REFÚGIO.....	77
6.1 Causas de perseguição de Relevância Jurídica Internacional.....	78
6.2 Exclusão, perda e cessação da proteção do Refugiado.....	79
7 O RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO DO REFUGIADO	81
7.1 As organizações internacionais e a cooperação internacional	82
7.2 O papel do Estado e os efeitos do protagonismo do direito internacional de proteção do refugiado	83
8 A RECUSA EM CONCEDER O REFUGIO.....	86
8.1 O refugiado econômico como sujeito de proteção da convenção de 1951	87
8.2 A experiência da hipótese: a recusa na concessão do refúgio pode constituir violação dos direitos humanos?	89
9 DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA E DA CORTE	

EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS	93
10 CONCLUSÃO	94
REFERÊNCIAS.....	97

1 INTRODUÇÃO

Falar sobre a liberdade humana constitui um dos temas mais apaixonantes de estudo. A liberdade é inerente ao ser humano que busca, dentro da racionalidade, o poder de firmamento na seara dos direitos humanos.

A temática dos direitos humanos suscita discussões teóricas ao nos aproximarmos dos limites do poder do Estado em confronto com os direitos individuais.

Nota-se que não é bem compreendido o papel do Estado na aceitação dos direitos individuais e dos direitos coletivos, em razão da feição do Estado moderno. A compreensão passa pelo aspecto absolutista do Estado Moderno, que tem início a partir de 1492, com as características da uniformização de todos, através da adoção de um só idioma, os símbolos nacionais, e a imposição do poder através do reconhecimento, caracterizando o poder da hegemonia.

Aqui interessa entre os vários mecanismos de uniformização do Estado Moderno, a nacionalidade, que buscava delimitar o poder sobre determinado território, sobre o qual o Estado exercia a padronização.

Esse modelo de Estado, que em muitos períodos disputava o poder com a igreja, tende a entrar em crise com os movimentos revolucionários, principalmente a Revolução Francesa, com os seus ideários de liberdade, igualdade e fraternidade.

O fundamento filosófico principal do direito internacional dos refugiados contemporâneo reside na afirmação de direitos humanos, visível na aceitação do refugiado pelo Estado diante da falha do país de origem em prover a proteção do indivíduo, verificando-se o reconhecimento do direito de todo ser humano em ter a integridade física e moral respeitada.

É cada vez mais visível o reconhecimento, no Direito interno, dos postulados de Direito internacional, cujas conquistas deitam raízes na busca de segurança que encontra o porto seguro no reconhecimento dos Direitos Humanos.

Após a segunda guerra mundial, que redundou na morte de milhões de pessoas, a formação dos blocos ocidental e oriental, o surgimento de armas de destruição em massa e a modificação dos polos hegemônicos, descortinou-se a insegurança mundial, exurgindo a necessidade de proteção dos direitos mais fundamentais do ser humano.

A civilização passou e perpassa por grandes modificações. Além do impacto dos grandes conflitos bélicos - posteriormente substituídos por meios mais sofisticados de envilecimento do ser humano -, o início da nova era, com o encerramento da Guerra Fria, sinalizou de modo definitivo que os conflitos socioculturais e políticos devem receber tratamento diferenciado no Direito Internacional.

Reconhece-se, nos dias atuais, que as normas internacionais de proteção dos Direitos Humanos formam um sistema unitário, indivisível, atemporal e supranacional, regras essas capazes, por si, de sustentar a própria relativização da soberania dos Estados nacionais em benefício da dignidade humana.

Dentro da racionalização dos direitos, o direito internacional para se sustentar como instrumento de afirmação dos direitos humanos necessita do direito interno. Por sua vez, o constitucionalismo representa uma das facetas da segurança jurídica para a realização da justiça individual, social e cultural.

Sabe-se que, no Brasil, até o advento da Constituição da República de 1988 os Tratados Internacionais eram incluídos na categoria de direito positivo sub-constitucional, a partir do novo Texto fundamental, entretanto, se fez impositivo o reconhecimento de maior hierarquia desses estatutos, num verdadeiro ensaio para um *bloco constitucional*.

Inobstante, com a promulgação da Emenda Constitucional nº. 45, de 08 de dezembro de 2004 (BRASIL, 2004), o discutido *status* de integração das normas internacionais de proteção dos Direitos Humanos no ordenamento brasileiro se fez pacificar pelo condicionamento da correspondente constitucionalização somente mediante a atuação complementar do Poder Legislativo, em desvalorização do núcleo duro de resguardo da dignidade humana.

Diante desse contexto, tendo em conta a inegável importância, tanto da proteção dos direitos do homem, quanto do atendimento das normas internacionais que lhe pertinem, deve-se melhor compreender como se dá a integração dos Tratados sobre a proteção de Direitos Humanos também no sistema brasileiro.

O problema que se propõe a contribuir para uma solução está sintetizado no questionamento acerca da interpretação dos mecanismos de acolhimento, pelo ordenamento pátrio, das regras internacionais que tendem a apaniguar a dignidade humana, e em especial as normas a respeito do refugiado.

Nesse propósito, a hipótese a ser testada é a de que diante do relevantíssimo papel desempenhado pelos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, em

especial a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, no contexto da evolução histórica dos direitos humanos e a devida interpretação a ser dada ao Estatuto, recepcionada pela Constituição Federal, exerce o verdadeiro papel da proteção do exercício dos direitos sociais e individuais, da liberdade, segurança, bem-estar, do desenvolvimento, igualdade e justiça, e importando-se a tese francesa do bloco de constitucionalidade, uma vez aceita a norma internacional pelo Chefe do Poder Executivo, ou por quem lhe faça as vezes junto à Comunidade estrangeira, resta despendida a ratificação pelo Poder Legislativo para que assumam esses pactos internacionais cogência constitucional no ordenamento interno, ingressando, de imediato, as regras internacionais.

Para que se possa afirmar as conclusões pertinentes, o estudo está estruturado em 10 capítulos. Num primeiro momento, faz-se compreender a introdução, em que foi delimitado os objetivos e a justificativa pela escolha do tema.

No segundo como se deu a evolução histórica da proteção dos Direitos Humanos. Em seguida, discute-se a consagração do constitucionalismo moderno, assim como o giro hermenêutico proporcionado pela compreensão contemporânea da especialidade das normas constitucionais.

Analisa-se, ainda, a importância da tese francesa do bloco de constitucionalidade, assim como o significado jurídico-normativo do preâmbulo da Constituição da República. Faz-se, então, uma breve análise do papel exercido pela Constituição de 1988 na proteção dos Direitos Humanos, assim como dos mecanismos de que se vale para a integração das normas internacionais correspondentes.

Nesse contexto, o Direito Internacional, em especial neste trabalho, as normas de Direito Internacional do Refugiado, desenha-se o Refúgio como forma de o Estado proteger a pessoa que sofre perseguição, ou o temor dela, como baluarte do direito internacional.

Diferentemente de outros benefícios amparados pelo direito internacional, o Refúgio recebeu seu fundamento basilar após a segunda guerra mundial e passou a avançar cada vez mais, de forma autônoma, independente, e singular de proteção ao refugiado.

Como enunciado anteriormente, o presente ensaio foi dividido em dez capítulos, sendo indecomponíveis os primeiros capítulos para o entendimento do direito internacional, após a integração do direito internacional no direito interno, o

Direito Internacional do Refúgio e a proteção do Refúgio no cenário internacional.

Não se deixou de fazer um estudo crítico da aceitação do Refúgio e tornou-se possível testar a hipótese, centro do presente trabalho.

Por fim, lançadas as conclusões, com o objetivo de demonstrar a confirmação da hipótese inicial.

2 DIREITOS HUMANOS: CONTEXTO HISTÓRICO

2.1 O entendimento racional do homem e sua posição singular no mundo

A história cuidou de construir o ideal do que hoje se conhece por Direitos Humanos. Como qualquer outro instituto caro às Ciências Sociais, não se trata de expressão conceitual que possa exprimir algo acabado, pronto. Ao revés, conquanto se reconheça a manifestação de uma criação humana atualmente de todo inteligível, cujo reconhecimento alçou nível mundial, como fenômeno social que é, permanece em constante evolução; e é justamente esse desenvolvimento integrativo esperado do conjunto de postulados que informam o núcleo dos Direitos Humanos que justifica o estudo correspondente.

Ora, a ciência só se reconhece como tal por constituir um conjunto de construções intelectuais que se sustentam em proposições, métodos e enfoques originários de teorias próprias, calcadas em métodos justificados de construção sobre um campo temático específico.

Sendo, pois, o Direito, uma forma de investigação social (REALE, 1976, p. 17) e por somente se poder construir um conhecimento sistemático cientificamente válido através do teste de proposições intelectuais que se baseiam em métodos racionais, torna-se indispensável, para a evolução da Ciência, a análise dos institutos já criados pelo estudo humano, em contraponto com os desafios que se impõem à humanidade.

É dizer, espera-se de um trabalho científico o teste de uma proposição através de metodologia formalmente aceita, ao intento de, promovendo o debate jurídico, viabilizar a reflexão sobre o tema em questão, independentemente da confirmação teórica do resultado pretendido.

Para tanto, importa admitir que o conjunto de teorias hoje existentes que tangenciam os dados produzidos pela metodologia, o que traduz importante substrato para respectiva correção da hipótese (GALUPPO, 2008).

Nessa linha, é de inegável importância ao presente trabalho a reconstrução da linha evolutiva do tema dos Direitos Humanos, o que formará importante substrato teórico para a pesquisa da adequação e suficiência, no plano interno, dos mecanismos atualmente em vigor na Constituição da República para a proteção do refugiado no contexto internacional.

Remonta, então, à tragédia de Sófocles do mito de Antígona, já na Antiguidade Grega, o início do entendimento intelectual humano acerca da luta individual em face da força pública.

Conta-se que na batalha empreendida entre Etéocles e Polinices pela conquista do reino de Tebas, com a morte de ambos, Creonte, tio dos combatentes, ascende ao trono e, no uso do poder pelo qual foi contemplado, sepulta Etéocles com honrarias, proibindo qualquer cidadão grego de enterrar o corpo de Polinices.

Antígona, irmã de Etéocles e Polinices, em desobediência a Creonte, rouba o corpo do irmão insepulto para conceder-lhe a honra do enterro piedoso, o que fez sob o manto de um dever, sobretudo religioso, advindo das leis dos Deuses, fundamento da garantia do falecido de alcançar dignamente o mundo dos mortos. (SÓFOCLES, 2001, p. 36)

É este notável episódio demonstrativo da incipiente invocação de um direito natural, supra-humano, capaz de resguardar a vontade subjetiva em face da lei do Estado (SALGADO, 1996, p. 393), ou seja, cuida-se de conferir ao *ethos* manifestação de uma lei de origem divina, vinculadora do próprio direito positivo (GOMES, 2004, p. 43).

Por certo, não se pretende estabelecer o mito de Antígona como marco, seja do jusnaturalismo, seja do estudo dos direitos atualmente reconhecidos como indeclináveis do ser humano. O que evidencia a peça de Sófocles, assim como a própria justificativa dos mitos gregos e romanos, é o início do questionamento humano sobre o mundo.

São os mitos evidência única da preocupação do homem de explicar, ainda que de forma elementar e carregadamente religiosa e fantástica, a própria existência. E é essa indagação, de plano eminentemente filosófico, ainda, à época, rudimentar, que conduz ao importante desenvolvimento dos institutos que hoje se reconhecem fundantes do pensamento humanitário.

Vale dizer, desde o momento em que o homem passa a se preocupar em encontrar fundamento para a respectiva posição no mundo, já se manifesta o nascimento do pensamento racional, do entendimento de que a vida não se resume ao acaso, e que há algo maior que o terreno capaz de esclarecer os fenômenos sociais.

Ao se questionar sobre a origem do mundo, o homem dá os primeiros passos no desenvolvimento das elaborações científicas, porquanto é a dúvida o elemento

mínimo indispensável para a tentativa de elaboração da resposta. Se antes a preocupação humana se resumia à sobrevivência, a partir das criações mitológicas manifestou-se o desenvolvimento primevo da formação de uma identidade social, que ultrapassava qualquer limite territorial.

O mito é, pois, fonte reveladora de todo o autenticamente humano, a explicação rudimentar da consciência racional, já que pretendida a sistematização do conhecimento.

Nesse raciocínio, é de se afirmar que a partir do momento em que o homem começou a questionar sua existência, assim como a posição desempenhada entre os demais seres e a então reconhecida subordinação aos poderes dos Deuses, que eram regidos por leis superiores, já se evidenciou na História um importante elemento para a construção de direitos inatos e atemporais, próprios dos seres humanos, pelo simples fato de o serem.

2.2 A luta em face da opressão pelo Poder e a afirmação de Direitos Humanos

Os representantes do povo francês, constituídos em Assembleia nacional, considerando que a ignorância, o descuido ou o desprezo dos direitos humanos são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governos, resolveram expor, numa declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que essa declaração, constantemente presente a todos os membros do corpo social, possa lembrar-lhes sem cessar seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do poder legislativo e os do poder executivo, podendo ser a todo instante comparados com a finalidade de toda instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reclamações dos cidadãos, fundadas doravante em princípios simples e incontestáveis, redundem sempre na manutenção da Constituição e na felicidade de todos. (DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789).

A história do homem em sociedade, oprimido pelo poder absoluto da força pública, exprime a luta constante pela conquista da dignidade, da afirmação da autonomia enquanto ser único, que deve ser respeitado. Esse estágio de desenvolvimento dos ideais que mais tarde vieram a consagrar os direitos humanos, como se vê, guardou origem na concepção do Direito Natural.

O desenvolvimento cultural evidenciado pelos séculos em que se seguiram a Antiguidade cuidou de extirpar paulatinamente o forte sentimento religioso que recobriam as leis não escritas.

Na Roma antiga o ideal grego das leis dos Deuses foi recepcionado como as leis comuns, o *ius gentium*, que se estendia indistintamente a todos os povos; e, superando-se o caráter religioso, fantástico mesmo, dessas proposições, passou-se a recorrer a um novo fundamento, encontrado na natureza, a *physis*. (COMPARATO, 2013)

A esse tempo se antevia uma natureza própria do homem, que tornava singular sua existência e individualidade, fenômeno ainda hoje especialmente estudado no terreno fértil da Psicologia. Disso se extraía que o homem, criação divina, gozava de direitos inatos, que podiam ser reconhecidos em qualquer parte do mundo.

Registre-se, todavia, que tal noção rudimentar de indistinta igualdade se resumia ainda estritamente ao plano teórico, já que o cristianismo reafirmou, por séculos, a superioridade do homem branco, em franca colaboração com a manutenção do regime de opressão instalado.

Já em Kant (2007) o conceito de pessoa ganha novos contornos, eis que entendido o homem como um ser de liberdade, ou seja, como um fim em si mesmo. Afirma-se, na esteira da filosofia kantiana, que a pessoa humana é um ser de dignidade, não podendo, portanto, ser substituída ou encarada como mercadoria, passível de colocação de preço.

Atribui-se ao pensamento kantiano, fundamentalmente, a construção segundo a qual é a liberdade no uso da razão prática elemento único para que se reconheça dignidade a um ente e, detendo todo homem essa autonomia, reúne ele o substrato indispensável à dignidade, o que afasta a necessidade de qualquer tipo de reconhecimento social correspondente.

Nessa formulação encontra-se subsídio para afirmar que se acopla à antiga noção de que cada pessoa é singular e maravilhosamente diferente das outras, o fato de ser um fim em si mesma, e não um meio para a realização de um resultado.

Essa fórmula evidencia o início da construção de um importante conceito que funciona como pedra angular dos Direitos Humanos, qual seja, a dignidade, o reconhecimento da experiência única de que os homens devem ser igualmente respeitados pela razão de serem exatamente tão singulares.

Nos dias atuais, entende-se que a pessoalidade, segundo a concepção ocidental, está fundamentalmente sustentada por três eixos, quais sejam, a autonomia, que informa a possibilidade de a pessoa definir suas próprias normas; a

alteridade, que encerra a noção de a pessoa somente se realizar na interação com outras; e a dignidade, resultado da autoconstrução e da realização em sociedade. (STANCIOLI, 2007, p. 13)

O fundamental conceito de dignidade, portanto, repousa primordialmente na possibilidade de o ser humano autorealizar-se, enquanto ser único, em sociedade, definindo seus próprios rumos, isto é, sem que lhe seja outorgado um meio de vida ou, ainda, que seja submetido ao poder de outras pessoas, que, a rigor, são seus pares. Pico Della Mirandola (1998) já no final da Idade Média, afirmava que o homem pode ser o que quiser, já que, pela razão, controla todo o seu poder do modo como deseja, sendo este poder a fonte de toda a dignidade humana.

Historicamente, esse movimento filosófico de culto ao respeito da humanidade foi reforçado com a unificação das forças políticas estatais propiciadas pela conjuntura social instalada nos meados da Idade Média, a partir do século XI, quando evidenciada a falência do regime feudalista.

A adesão à unidade central, alcançada com evolução apreciada nos séculos anteriores pelo desenvolvimento do gérmen do Capitalismo, com o acúmulo de riquezas em centros estratégicos e a possibilidade de trânsito estamental, desaguou na prática de graves abusos pelo poder reconcentrado, fomentando o pensamento rebelde.

É nesse contexto que se afirma, ainda de modo incipiente, o valor da liberdade, então consistente no reconhecimento de que ao homem era dado, por si, alterar o seu *status* social, desvinculando-se do destino antes indesviável de ter nascido numa ou noutra classe.

Passou-se a questionar gravemente as tradições constituídas, viabilizando o recrudescimento do ideal republicano e democrático, que remonta à Antiguidade e ao papel do homem na *polis*.

É nesse período crítico da evolução humana, notadamente deflagrado de modo irremediável no final do século XIII, que se evidenciaram importantes transformações culturais, econômicas e políticas, responsáveis por selar o declínio final do Feudalismo e das marcas opressoras impostas àqueles integrantes do que se reputava como a camada inferior da sociedade.

O termo hoje consagrado do “Renascimento” incorporou o sentimento de resgate e revalorização das referências culturais da antiguidade clássica, impulsionando lutas com caráter fortemente humanista, o que se estendeu numa

escalada irreversível até o século XVII. (DELUMEAU, 1994, p. 81)

A contribuição para os direitos humanos decorreu, com grande força, dos movimentos revolucionários ocorridos, por primeiro, na Inglaterra, a “Glorious Revolution”, e, em seguida, com a Revolução Americana, as quais reabilitaram antigos ideais de cidadania em oposição ao abuso do poder monárquico.

No continente europeu, após a destituição do monarca Jaime II, o movimento protestante já há muito fomentado, então encabeçado pelo Príncipe Guilherme de Orange, destituiu o Rei, com o apoio do Parlamento, que votou a conhecida Declaração de Direitos, “Bill of Rights”, a qual, aceita pelo Príncipe revoltoso - a quem foi oferecida a coroa -, obteve a partir de então *status* de lei fundamental da nova monarquia inglesa.

Reconhece-se na Declaração o documento importante de subjugação do Rei às leis dos homens. Foi ela a manifestação de que não mais o Poder do Estado se confundia com a potestade do monarca, eis que grande parte dos poderes públicos foi reservada ao Parlamento, que se impunha como instituição forte e independente.

É de se notar que o “*Bill of Rights*”, muito embora não tenha consagrado direitos especificamente de proteção ao cerne duro da dignidade humana, representou marco histórico na tentativa de colocar rédeas ao poder absoluto tão questionado pelo movimento renascentista. Cuidou-se de instaurar divisas entre os Poderes do Estado, num jogo político, em que o monarca aceita as regras do Parlamento fortalecido para se manter no poder.

Como antes referido, a luta travada na história em face da opressão legitimada pelas instituições públicas é inegavelmente origem dos Direitos Humanos como hoje conhecidos, à medida que questionado o valor da liberdade, especialmente, à época, em referência aos dogmas religiosos.

Já no século seguinte eclodiu na América do Norte o movimento de unificação das colônias inglesas, o que se antevia em decorrência da construção local de um novo sentimento de grupo e de liberdade, porque crescente na Nova Inglaterra o ideal de tolerância e de culto à acumulação de riquezas pelo trabalho pessoal, e não pela antiga regra estamental do nascimento.

A Declaração de Independência dos Estados Unidos teve, então, indiscutível importância na afirmação do valor democrático. Nesse ponto, justifica-se no documento escrito como uma carta ao Mundo que a legitimidade da independência americana repousa no fato de o próprio povo deter o poder político. Desse modo,

são os governantes instituídos da função de garantir os direitos do povo que os constituiu, razão pela qual seria ilegítima qualquer atuação contrária, pelo que, nesse caso, exsugiria o pleno direito popular de destituição, já que o poder político dele é secularmente emanado.

Recorrendo, mais uma vez, à lição de Comparato (2013), a importância histórica da Declaração de Independência dos Estados Unidos está no fato de, além de afirmar a soberania popular, reconhecer a existência de direitos inerentes a todos os seres humanos, independentemente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social. É esta, pois, inegável contribuição aos Direitos Humanos, porquanto tolerância é atributo indissociável da dignidade; é dizer, só há reconhecimento de direitos extensíveis a todos os seres humanos se se reconhece a singular personalidade individual como valor positivo de construção da humanidade. (COMPARATO, 2013, p. 119).

O final do mesmo século guardou ainda um dos mais importantes marcos históricos na defesa dos direitos individuais. Naquele momento a humanidade viu nascer, sem dúvida, o principal divisor de águas em todas as áreas do conhecimento. A Revolução Francesa, movimento este que abriu espaço para a introdução de uma nova sociedade, sem precedentes históricos.

Caracterizou-se por um total e especial rompimento axiológico com toda a conformação política e cultural vigente, o que fez, inclusive, à época, que muitas das construções monumentais erguidas durante séculos anteriores fossem destruídas pelo povo, tal qual ainda é hoje exemplo vivo a magnífica Catedral de Notre-Dame de Reims, nos arredores de Paris, que guarda as marcas dos revoltosos que, num importante momento da história, forjaram uma completa renovação da humanidade.

Foi tão significativo o movimento revolucionário que um dos símbolos utilizados pela nova ordem instaurada é representado pela adoção de um novo calendário. Tratava-se, pois, de afirmar o reinício dos tempos, uma nova chance que se dava aos homens para apagar todos os horrores opressivos praticados desde o início dos tempos, em reconhecimento de que a história poderia encontrar um novo caminho, baseado num novíssimo regime republicano.

Diferentemente da afirmação de independência das colônias norte americanas, o movimento europeu que se lhe seguiu tinha pretensões maiores, contava ele com um caráter notadamente universal. Não se tratava de consagrar apenas direitos de todos os homens, mas sim de todos os tempos.

É de 1789 a primeira Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, documento de fundamental importância para a conquista e efetivação dos Direitos Humanos, tendo sido reafirmada em muitos outros momentos da história. Nascia, então, um novo ideal de proteção do homem enquanto ser do mundo, não apenas do cidadão francês. Foi a Declaração a expressão primeira, mas definitiva, das liberdades individuais, que alçaram garantia institucional, tal como se reconhece no texto da especial atenção à propriedade privada e à estrita legalidade para a definição de crimes, cominação de penas e a criação de tributos. (GRESPLAN, 2008, p. 89)

Na Constituição Francesa de 1791 somou-se à Declaração de 1789, consolidadora dos ideais revolucionários, uma nova Declaração, da própria constituinte, que acresceu ao texto anterior o primeiro reconhecimento histórico da existência de direitos humanos sociais, referentes ao auxílio institucional das pessoas carentes.

Por sua vez, a Constituição Francesa de 1848 deu mais alguns passos ao abolir a pena de morte e proibir a escravidão em terras nacionais, dando mais um contributo ao núcleo dos Direitos Humanos, em notável agregação do que se entende por dignidade humana.

A primeira introdução dos Direitos Humanos no plano internacional se deu alguns anos após, com a edição da Convenção de Genebra, em 1864, que tratou do que se conhece por Direito Humanitário, disciplina definidora dos direitos e deveres em tempos de guerra. A ordem que passou a vigor com o novo texto era de respeito e proteção dos militares doentes e feridos, sem qualquer distinção, cuja primeira aplicação em larga escala se fez em especial quase meio século depois, na Primeira Guerra Mundial.

Superado o grande conflito bélico do início do século XX, exerceram grande importância no contexto dos Direitos Humanos as Constituições do México, de 1917, e da Alemanha, de 1919, as quais, na mesma linha, inauguraram a positivação constitucional de direitos sociais, como aqueles ligados ao trabalho. O que se notou foi uma contraposição ao vigente sistema capitalista; o reconhecimento de que o trabalho humano não pode ser encarado como um instrumento mercantil qualquer, sob pena de se promover o grave aviltamento da dignidade individual. Reconheceu-se, então, a existência de responsabilidades especiais daquele que detém os meios de produção, deslegitimando-se as práticas de exploração do trabalhador,

viabilizadas pelo regime liberal, consagrador de uma igualdade meramente formal, bastante para a instalação de graves opressões do homem pobre.

Em superação do ideal liberalista, o novo movimento social cujos marcos remontam a esses nominados textos constitucionais afirmou que se espera do Estado não só uma abstenção, mas uma ação positiva, para que se efetivem, mediante as políticas públicas, direitos de acesso à saúde, educação, trabalho, entre outros.

Já aos meados do século XX, como se vê, a humanidade havia alcançado um importante estágio de reconhecimento e consagração de direitos ditos mínimos e inerentes a qualquer ser humano. Os principais diplomas constitucionais então em vigor tutelavam o homem respaldados em premissas construídas durante séculos, de respeito à liberdade individual e, desde o final da Primeira Guerra Mundial, de atuação garantista.

Entretanto, por mais que se reconheça a importância dos Direitos Humanos até então declarados, afora as regulamentações pertinentes à guerra, não havia, até aquela época, um sistema suficientemente evoluído que unisse todos os homens, de todos os cantos do mundo, no ideal de proteção efetiva e universal da dignidade.

Foi com a eclosão e em vista das mazelas terrivelmente inscritas na história pela Segunda Guerra Mundial que se viu, com inegável força, o início da criação de uma aliança para além dos lindes nacionais para segurança das nações e pela proteção dos Direitos Humanos.

2.3 A universalização dos Direitos Humanos

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo;

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos do homem resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum;

Considerando ser essencial que os direitos do homem sejam protegidos pelo império da lei, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão;

Considerando ser essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações;

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma

liberdade mais ampla;

Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais do homem e a observância desses direitos e liberdades;

Considerando que a compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso,

A ASSEMBLEIA GERAL PROCLAMA

a presente Declaração Universal dos Direitos do Homem como ideal o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações e como o objetivo de cada indivíduo e cada órgão da sociedade, que, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, pro promover o respeito a esses direitos e liberdades, e pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.(DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948).

A certeza dos horrores praticados entre - oficialmente - 1939 e 1945, sem dúvida, deixaram a dolorosa certeza das atrocidades que podiam ser praticadas pela mente humana. Fez-se certa nesse período a conclusão de que os mecanismos de proteção individual eram de tudo inadequados e ineficientes.

Na mesma esteira, a alegada soberania nacional e a declarada inviolabilidade do território nacional evidenciaram campo propício para o cometimento das mais aviltantes investidas contra a dignidade humana. E desse contexto seguiu uma vontade partilhada por grande parte dos Estados nacionais de garantir a proteção da paz e o respeito efetivo pelos Direitos Humanos e pelas liberdades fundamentais.

A era Hitler (PIOVESAN, 2012, p. 184), exemplar infalível da lógica do extermínio e da descartabilidade da pessoa humana, produziu o legado de condicionar a própria titularidade de direitos àqueles que pertenciam à raça ariana. Aos demais, o escárnio.

Da negação dos próprios valores da pessoa humana decorreu a premente necessidade de reconstrução (LAFER, 1988, p. 27) dos Direitos Humanos, partindo-se do referencial mínimo de que qualquer homem tem o direito absoluto de ser sujeito de direitos, e nunca, retomando a já mencionada filosofia kantiana, um meio para a consecução de objetivos.

A questão encerrada na violação dos Direitos Humanos, viu-se com inequívoca clareza, não mais poderia ser contida no âmbito doméstico, já que revelado tema de interesse universal, porquanto para além dos limites do Estado nacional era preciso que se estabelecesse uma ordem superior, capaz de conter abusos fomentados por uma ideologia considerada legítima no plano interno. Nesse

raciocínio, a proteção dos direitos humanos começou a ser encarada como termômetro da soberania estatal, antes encarada como princípio absoluto e inderrogável.

Vale dizer, no século XX passou a vigor a máxima segundo a qual o Estado não mais pode tratar seu nacional como bem entender, de sorte que o envilecimento da dignidade humana seria o suficiente para que se promovesse a correspondente responsabilização internacional.

Essa responsabilização encontrou como primeiro notável exemplo a convocação do Tribunal de Nuremberg para o julgamento dos crimes bárbaros praticados pelo regime nazista. A instalação do Tribunal representou a consolidação do ideal de limitação da soberania estatal, assim como o reconhecimento de que as pessoas gozam de direitos passíveis de proteção no plano internacional.

Desse modo, é possível identificar como decorrência do processo de internacionalização dos Direitos Humanos a colocação dos indivíduos como sujeitos de direitos internacionais, a flexibilização do conceito absoluto de soberania estatal e a criação de Tribunais Internacionais especializados para promover e proteger os Direitos Humanos.

Fixadas essas premissas, é de se destacar que a Carta das Nações Unidas, de 1945, aliada à Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, representam o núcleo fundamental de proteção internacional dos direitos do homem.

Trindade (2000) doutrina:

O processo de generalização da proteção dos direitos humanos desencadeou-se no plano internacional a partir da adoção em 1948 das Declarações Universal e Americana dos Direitos Humanos. Era preocupação corrente, na época, a restauração do direito internacional em que viesse a ser reconhecida a capacidade processual dos indivíduos e grupos sociais no plano internacional. Para isto contribuíram de modo decisivo as duras lições legadas pelo holocausto da segunda guerra mundial. (TRINDADE, 2000, p. 23).

A Carta das Nações Unidas foi o primeiro documento internacional que contemplou a expressão “*Direitos e Liberdades Internacionais para todos*”, consagrando a noção de que a comunidade dos Estados Nacionais deve ser protegida por regras supranacionais.

Já a Declaração Universal dos Direitos Humanos constituiu o principal marco na proteção da dignidade enquanto núcleo inarredável da pessoa humana. Embora formalmente o documento seja uma Resolução da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, o que já levou a doutrina a considerar que se tratava de mera Recomendação internacional, desprovida, pois, de força jurídica, prevalece hoje o entendimento amplamente majoritário de que o texto estabelece normas de *ius cogens* de Direito Internacional, ou seja, norma qualificada, aceita e reconhecida pelos Estados, que não aceita qualquer tipo de derrogação (TRINDADE 1991).

A mais importante conquista denotada pela Declaração foi a união de duas categorias de direitos no mesmo texto, quais sejam, de direitos civis e políticos (art^s. 1º ao 21), somados os direitos econômicos, sociais e culturais (art^s. 22 ao 30), o que reforçou o princípio da indivisibilidade dos direitos internacionais, que se acumulam e não se sucedem. (TRINDADE 1991).

É importante fazer alusão, além deste, aos princípios da universalidade, que informa à suficiência da condição de ser pessoa humana para se ter garantidos os direitos proclamados pela Declaração; da interdependência, tradutor da noção de que os direitos não são estanques, de modo que a vida digna pressupõe o exercício conjunto desses direitos; e, finalmente, da interrelacionariedade, ideal de que a vítima da violação de direitos pode escolher dentro do sistema de direito internacional o aparato que melhor lhe proteja.

Acresça-se, ainda, que por não ter conferido os instrumentos de proteção, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi regulamentada em sua parte processual pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os quais complementaram o processo histórico de institucionalização universal dos direitos do homem, efetivando os mecanismos de sanção à violação dos Direitos Humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos representou a inspiração para a consolidação da sociedade internacional, norteadas pelo sentimento da garantia de que os seres humanos sejam iguais e livres, tendo seu texto expressado a primeira aceitação livre por Estados nacionais de princípios fundamentais sistemáticos da conduta humana. (BOBBIO, 1992, p. 58).

Por sua vez, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovada na Conferência de São José da Costa Rica, evidenciou mais um avanço na proteção da

dignidade, especialmente com a afirmação do princípio da prevalência dos direitos mais vantajosos para a pessoa humana e, ainda, com a proibição do restabelecimento da pena de morte nos Estados que já a tenham abolido - reafirmação esta do efeito “cliquet” - e da inviabilidade da correspondente aplicação para os crimes políticos

É certo que desde a segunda metade do século XX foram editadas muitas outras Convenções e Tratados que se incrementam na vasta proteção dos Direitos Humanos, com destaque para a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos, de 1981, que foi a primeira Convenção a afirmar o direito à preservação do equilíbrio ecológico - reafirmado pela Convenção sobre a Diversidade Biológica, firmada no Rio de Janeiro, em 1982 - e, em especial, para o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, aprovado em Roma, em 1998.

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional representou uma importantíssima medida prática de responsabilização internacional de pessoas que atentem contra os Direitos Humanos, o que foi feito pela primeira vez de forma permanente e, como se sabe, complementar à atuação preferencial dos Estados nacionais.

Inobstante a significativa negativa dos Estados Unidos da América, da China e da Índia de participarem do Tratado, a tendência atual que se manifesta é de incremento da atuação do Tribunal, com a maior submissão de ocorrências à respectiva jurisdição e efetivo atendimento às decisões prolatadas pela Corte.

Ora, é inegável no atual estágio em que se encontra a humanidade a existência e necessidade de máxima proteção dos Direitos Humanos, objetivo este que deve nortear qualquer Estado, atrelado ao postulado fundamental de que a ninguém é dado vilipendiar, de nenhum modo, a dignidade humana, centro da consagração de uma vida livre para que cada pessoa, atendendo aos limites do direito do próximo, possa buscar a vida plena de felicidade.

2.4 Direitos Humanos e Direitos Fundamentais

Em obra lapidar, Gouveia (1995) bem esclarece que a doutrina alemã ensaiou a principal distinção entre os direitos humanos e os direitos fundamentais.

Com todo o respeito às opiniões em contrário, de forma sintética, apoia-se o presente estudo na assertiva de que Direitos Humanos e direitos fundamentais não encerram expressões sinônimas. O correto, a bem da verdade, considerada a forte

tradição histórica daqueles primeiros, seria tratar da proteção internacional dos direitos humanos ou, para fins de compartimentação jurídico-científica, de Direito Internacional dos Direitos Humanos, o que conglobaria o estudo dos instrumentos de que o Direito Internacional se lança mão para, especialmente por meio dos Tratados, proteger os direitos do homem. (MAZZUOLI, 2012, p. 36)

Na esteira da classificação alemã, os direitos fundamentais são os direitos humanos reconhecidos nos planos interno e internacional por cada grupamento social, ou seja, constituem eles a positivação dos direitos atemporais mínimos do homem.

Reconhece-se, ainda, a divisão entre os direitos fundamentais típicos, que seriam exatamente os institutos positivados, e os atípicos, aqueles ainda não declarados em normas jurídicas.

Os direitos humanos, portanto, constituem, como visto, uma construção histórica notadamente acumulativa, muito mais do que simples positivação normativa, como ocorre com os direitos fundamentais, reconhecidos pelas diversas nações que compõem a comunidade internacional, cada uma a seu modo.

São eles manifestação que superam os lindes nacionais, deitando fundamento na consciência ética de que só há dignidade se a convivência social – e conseqüentemente o poder somente estará legitimamente instituído – respeitar determinados valores, sem os quais é impossível construir uma convivência livre de opressão baseada em condições singulares do ser humano.

Tal construção científica não está, todavia, livre de quaisquer críticas. Para o pensamento positivista, por exemplo, nas linhas da pirâmide kelseniana (KELSEN, 1998), não haveria reconhecimento, especialmente judicial, de direito, senão através de norma positivada, cujo fundamento de validade é, em última análise, firmado na máxima da obrigação de atendimento às regras emanadas da autoridade constituída.

Nada obstante, exatamente por estarem respaldados os direitos humanos numa consciência ética coletiva, disso decorre a legitimidade para o correspondente reconhecimento cogente no plano internacional, independentemente da positivação de normas pelo Direito interno. Em outras palavras, em que pese a flagrante importância da teoria positivista, não é ela, só por si, suficiente à explicação da validade das normas de Direitos Humanos enquanto um ordenamento supranacional e atemporal.

Outra importante asserção que se deve fazer, e na qual está substancialmente fulcrado o presente estudo, é que tipo de *status* se reconhece às normas de Direitos Humanos no contexto nacional, em contraposição com os sistemas normativos nacionais.

Diante do desenvolvimento contemporâneo do Direito Internacional Público, as regras de Direitos Humanos, porque manifestam a já mencionada consciência ética universal, formam um conjunto normativo hierarquicamente superior aos ordenamentos positivados de cada Estado, razão pela qual prescindem de reconhecimento interno para que tenham vigência.

Há muito se discute na ordem internacional a mitigação da soberania estatal em benefício da efetividade da proteção dos direitos humanos. É inequívoco que, ainda hoje, gozam os entes públicos integrantes da comunidade internacional de especial autonomia interna. Entrementes, não se suporta, mesmo no interior dos limites de um Estado, o aviltamento humano, a subjugação íntima de um ser à força central capaz de aniquilar sua dignidade.

Por se tratar de defesa inata à consciência ética do ser humano, admite-se no contexto internacional a intervenção na jurisdição interna dos Estados para garantir-se que nenhuma força se imponha a envilecer a dignidade humana.

A doutrina reconhece:

Ao subscrever uma convenção internacional sobre direitos humanos, ao participar de organizações regionais sobre o assunto, ou, conforme é hoje interpretação corrente, pelo simples fato de integrar-se às Nações Unidas – para quem a Declaração Universal dos Direitos Humanos, se não era originalmente compulsória, tem força do *jus cogens* como direito costumeiro –, os Estados abdicam soberanamente de uma parcela da soberania, em sentido tradicional, obrigando-se a reconhecer o direito da comunidade internacional de observar e, conseqüentemente, opinar sobre sua atuação interna, sem contrapartida de vantagens concretas. (ALVES, 2003, p. 5)

Tal relativização é admitida na forma de medidas pontuais e pré-estabelecidas em Tratados Internacionais com os quais tenha aquiescido o sancionado, circunstância essa que conduz à asserção de que não há incompatibilidade entre a soberania estatal e a internacionalização dos Direitos Humanos, mas mera sobreposição, em prol da dignidade do ser humano, que é o centro de qualquer construção jurídico-social.

Especialmente em referência aos Direitos Humanos, nessa mesma linha, Comparato (2013) divide em duas ordens os princípios espinhais desse ramo científico, segundo os valores éticos supremos ou à lógica estrutural do conjunto.

Quanto à primeira, os princípios axiológicos fundamentais correspondem à consagrada máxima francesa imortalizada pela Revolução do século XVIII: “liberté, égalité, fraternité”, tal como se fez constar do art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948: “Artigo I - Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. (COMPARATO, 2013, p. 76).

A tríade remonta ao conceito fundamental de dignidade, como já observado, que soma autorealização pessoal à interação social entre os indivíduos. A tradução política desse postulado evidencia que o ideal da sociedade livre é o atendimento ao autogoverno, cujas leis são feitas pelo próprio corpo social, preocupado sempre com as carências individuais.

De outro lado, os princípios referentes à lógica estrutural do conjunto dos Direitos Humanos encontram subdivisão entre a irrevocabilidade e a complementariedade solidária.

A irrevocabilidade, ou irreversibilidade dos direitos humanos positivados, estipula a impossibilidade de ulterior revogação de garantias já antes institucionalizadas. É o que na França se chama de “efeito cliquet”, traduzido como princípio da vedação ao retrocesso, informador de que a construção histórica dos Direitos Humanos é irreversível, ou seja, alcançado um nível tal de garantias, não é dado retroceder. Tal imposição se coloca tanto no plano interno quanto nos sistemas protetivos global e regionais, manifestando a conclusão de que a dignidade é sempre um conceito mínimo, em constante ampliação.

Já o princípio da complementariedade solidária dos direitos humanos de qualquer espécie encontrou positivação expressa na Convenção Mundial de Direitos Humanos de Viena, em 1993. Segundo este postulado, os direitos humanos são indivisíveis e interdependentes, devendo ser buscados e implementados com a mesma força pela Comunidade Internacional, atendidas, por certo, as limitações e especificidades notadamente culturais dos Estados, os quais, entretanto, deverão cuidar, não importa como, de efetivar a proteção do homem à luz das disposições internacionais.

Com efeito, vista a atual posição dos Direitos Humanos e como se alcançou o atual estágio de desenvolvimento desta especialíssima disciplina, importa avaliar como se ordena o sistema constitucional brasileiro contemporâneo, ao fito de avaliar a adequação dos mecanismos nacionais de proteção da dignidade humana. Afinal, muito mais importante do que encontrar fundamentação para os Direitos Humanos, é protegê-los da forma mais eficiente. (BOBBIO, 1992, p. 25)

Tal como estudado neste Capítulo, foi longo o caminho histórico que nos trouxe ao presente desenvolvimento dos sistemas de proteção dos Direitos Humanos, o que, por muitas vezes, se confundiu com o próprio caminho do direito internacional, seguido do constitucionalismo moderno. Desse modo, para que melhor se possam firmar as premissas sobre as quais se funda o presente estudo, é mister que se analise, ainda de que forma sintética, o comportamento do movimento constitucionalista e os vigentes métodos de interpretação constitucional, como se apresenta no tópico seguinte.

3 A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

3.1 A Constituição como instrumento de garantia particular em face dos arbítrios estatais: do Constitucionalismo antigo ao Constitucionalismo contemporâneo

O denominado movimento constitucionalista encontra origem na construção de mecanismos de limitação do poder, ao objetivo de erigir garantias ao povo (CANOTILHO, 1993, p. 51). Segundo Loewenstein (1970), já entre os hebreus se verificou a tentativa de restringir o mando político à moldura bíblica, conferindo-se aos profetas a fiscalização dos atos governamentais. Surgido na Antiguidade, o denominado constitucionalismo antigo se expressou especialmente nos Estados Hebreu, Grego e Romano, tendo adquirido força na Inglaterra. (LOEWENSTEIN, 1970, p. 154).

A experiência dos Hebreus está fortemente relacionada ao Estado Teocrático, eis que influenciado pelo sentimento religioso, que atuava como limite ao poder do soberano. Com efeito, no Estado Hebreu, a pretendida limitação do governo esteve ligada aos dogmas consagrados na Bíblia, sem que houvesse, ainda, se estabelecido sanções ao governante, de quem se esperava atendimento espontâneo às diretivas divinas.

Já na Grécia é possível afirmar que se evidenciou uma importante forma de governo, consubstanciada na democracia constitucional, em que as pessoas participavam diretamente das decisões políticas do Estado, em um modelo histórico único de completa identificação entre governantes e governados.

Do mesmo modo, o Direito Romano reviveu, com alguma similitude, a experiência grega, com notável valorização da liberdade do povo, o que exigia abstenções do governante, conquanto ainda num cenário de ausência de texto constitucional escrito ou de vigente controle de constitucionalidade.

Na Idade Média, a conhecida Carta de João de 1215, a Carta Magna tem seu nome completo original como Grande Carta das liberdades, ou concórdia entre o rei João e os barões para a outorga das liberdades da Igreja e do rei Inglês, (CARTA MAGNA, 1215, tradução nossa)¹ consistiu em relevante documento que, embora

¹ Magna Charta Libertatum seu Concordiam inter regem Johannem at barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni angliae.

apenas formalmente, limitou o poder dos monarcas ingleses, consagrando direitos individuais, especialmente tocantes à submissão da vontade real aos procedimentos legais.

O texto evidenciou, no plano teórico, o ideal de que também o poder institucional se submetia ao Direito positivo, de modo que ao particular se vislumbrava a possibilidade de esperar por uma conduta pública segundo regras pré-estabelecidas.

Com o advento das Revoluções Liberais, tiveram grande desenvolvimento as constituições escritas, formais e rígidas, num movimento que representou o surgimento do ideal de supremacia de um documento escrito que vinculasse toda a sociedade e todas as leis por ela estabelecidas.

A partir da Idade Moderna, cujo marco histórico consagrado é a queda de Constantinopla, no ano 1453, passaram a se aliar às tentativas de limitação do poder do governante a defesa de direitos fundamentais do homem, na esteira do que já se destacou no Capítulo anterior deste estudo.

É certo que documentos como o já referido "*Bill of Rights*", de 1689, ou mesmo o importante e consagrado "*Habeas Corpus Act*", que pretendeu proteger o direito individual de locomoção, tiveram alcance restrito e direcionado a determinados homens. Entretanto, já se vislumbrava, naquele momento da evolução histórica, o incremento da necessidade de os textos fundamentais conterem, além das diretivas de exercício do poder político, a proteção de direitos reputados fundamentais.

A Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, primeiro texto formal, trouxe duas notáveis contribuições ao movimento constitucionalista liberal, quais sejam, a consagração do ideal de supremacia do documento constitucional ao expressamente limitar o poder dos governantes, traçando normas mínimas de atendimento cogente por todos os setores sociais.

Além disso, constatou-se, a partir de então, a implantação da garantia jurisdicional dessa supremacia da Constituição, eis que o Poder Judiciário passou a ser incumbido de assegurar o atendimento do Texto, sobretudo por ser o mais neutro politicamente - experiência esta vivida em especial no sistema norte-americano, já que na Europa se primava pela prevalência do Legislativo.

Por sua vez, a Revolução Francesa, de 1789, influenciou a elaboração de uma Constituição valorizadora tanto da limitação do arbítrio do poder político, quanto

da separação de poderes.

A Constituição norte-americana e a Constituição francesa de 1791 encerram, pois, notáveis marcos do movimento intelectual iniciado pelo Iluminismo, que encerrava grave contraposição ao Absolutismo, entregando ao povo o uso fundamental do poder.

Nesse sentido:

Chegados à América, os peregrinos, mormente puritanos, imbuídos de igualitarismo, não encontrando na nova terra poder estabelecido, fixaram, por mútuo consenso, as regras que haveriam de governar-se. Firma-se, assim, pelos chefes de família a bordo do Mayflower, o célebre 'Compact' (1620); desse modo se estabelecem as Fundamental Orders of Connecticut (1639), mais tarde confirmadas pelo rei Carlos II, que as incorporou à Carta outorgada em 1662. Transparece aí a ideia de estabelecimento e organização do governo pelos próprios governados, que é outro dos pilares da ideia de Constituição. (FERREIRA FILHO, 1999, p. 5)

Essa concepção liberal que permeou o constitucionalismo moderno marcou o caráter individual e absenteísta dos textos constitucionais, contexto originário da teoria formulada por Karel Vasak, que dividiu os direitos fundamentais em dimensões, estudo este que encontrou divisão em Bobbio (1992).

Tais direitos de dita primeira geração - ou dimensão -, como se sabe, além de essencialmente individuais, são caracterizados por ter caráter eminentemente negativo, já que exigem uma conduta abstensiva por parte do Estado; vale dizer, não intervencionista, para que se possa efetivar o cultuado valor da liberdade.

A principal importância do constitucionalismo clássico consistiu, pois, na consagração do Estado de Direito, império da lei, afirmador de direitos eminentemente formais, já que restritos à classe burguesa. Demais disso, viu-se a instauração da ordem de limitação do poder soberano, obrigado, então, a respeitar as normas previstas na Constituição. O mesmo movimento marcou a atuação estatal limitada à defesa da ordem e da segurança pública, no chamado Estado mínimo, o que perdurou até a Primeira Guerra Mundial.

Findado o conflito, percebeu-se que o Estado Liberal não era capaz de solver questões como a efetivação dos direitos sociais. Nessa perspectiva, vivenciou a história o surgimento dos direitos de segunda geração, marcados especialmente pela afirmação da igualdade em seu sentido material.

Conquanto tal valor já estivesse consagrado nas Constituições, recebeu ele nova roupagem, eis que entendida a necessidade de nivelamento das

desigualdades para que se pudessem igualar os homens entre si.

É dessa geração os direitos tipicamente sociais, econômicos e culturais, eminentemente coletivos, em contraponto com a primeira geração, o que passou a exigir uma atuação pública, como a prestação de serviços essenciais de saúde e de educação. Tal construção fez surgir o que se chama de Estado Social, intervencionista nos âmbitos social, econômico e laboral, considerados de cunho fundamental para a sociedade, passando a desempenhar um papel decisivo na produção e distribuição de bens, a fim de garantir um mínimo de bem estar.

Com o advento e o fim da Segunda Guerra Mundial foi inaugurado o que se prefere chamar de constitucionalismo contemporâneo - dado o teor pejorativo que muitas vezes se confere à expressão neoconstitucionalismo -, desenvolvido a partir de uma nova teoria a subsidiar o jusnaturalismo, característico do constitucionalismo clássico, e o positivismo, angular do constitucionalismo moderno, institutos conciliados no conceito do pós-positivismo (BARROSO, 2001).

Essa nova concepção jusfilosófica teve como principais características a aproximação entre o Direito Natural e o Direito Positivo, assim como uma preocupação com as regras morais, o que viabilizou o intercâmbio do Direito e da Ética, antes estancados como institutos insolúveis.

Nesse contexto, foram consagrados os direitos ditos de terceira geração, relacionados à solidariedade humana, como ocorre com o direito ao desenvolvimento, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e de comunicação.

Acresça-se que é com a evolução dessa construção científica e filosófica que se fez permitir o aparecimento dos direitos de quarta geração, ligados ao caro valor da pluralidade, ou ao direito das minorias.

A mudança do paradigma do império da lei para a força normativa da Constituição fez com que se admitisse o ingresso no novo Estado Constitucional Democrático, o qual busca compilar as características dos Estados anteriores, a fim de superar as deficiências e sintetizar as conquistas das experiências passadas.

São aclamados, a partir de então, os institutos de introdução do povo no governo, tal como ocorrido com o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular; assim como se apura uma importante preocupação com a efetividade e a dimensão material dos direitos fundamentais, ou seja, não basta que constem do texto constitucional, que perdeu seu caráter eminentemente político, mas é indispensável

que se criem meios de efetivação das garantias fundamentais.

É também nesse Estado Constitucional Democrático que se passa a permitir a aplicação direta dos direitos fundamentais ao caso concreto, ideal que deu origem à expressão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, segundo a qual tais garantias não se opõem tão só em face do Estado, já que a liberdade individual carece de proteção, para além dos abusos dos poderes públicos, também em face dos particulares detentores do poder social e econômico. (SARLET, 2007, p. 34)

Além disso, em plena evolução da ideia por primeiro evidenciada com a Revolução que culminou com a independência dos Estados Unidos da América, ganhou inegável força a jurisdição constitucional, que se presta a assegurar a supremacia da Constituição e os direitos fundamentais.

O grande passo dado pela ciência jurídica no novo modelo de Estado se evidencia, em especial, no reconhecimento da normatividade da Constituição, que ganha caráter notadamente vinculante, abandonada a concepção formalista de documento político, circunstância esta que permite, nos dias atuais, falar-se em totalitarismo constitucional (BULOS, 2000, p. 16), conseqüência da ideia de Constituição programática, aglutinadora de metas a serem alcançadas pelo Estado.

É diante da afirmação latente dessas novas ideias, hoje integralmente aceitas pela doutrina nacional, e com forte expressão em todo o mundo, que se pode identificar no constitucionalismo atual o relevante princípio da filtragem constitucional, que coloca a Constituição no centro do ordenamento pátrio.

Assim, sendo o Texto Constitucional, além de protetor do particular em face dos abusos do poder político, garantidor dos direitos fundamentais – devendo, sob esse viés, espelhar a proteção dos direitos humanos consagrados no plano internacional, como se concluiu no Capítulo anterior -, e por se colocar como núcleo, pedra de toque mesmo que ampara e rege todo o entendimento do sistema normativo interno, entende-se modernamente que pressupõe ele o desenvolvimento de mecanismos próprios de hermenêutica para que se possa manejar com distinção e sofisticação a elevadíssima carga axiológica nele encerrada.

Vale dizer, não é a Constituição contemporânea um diploma normativo qualquer, ao revés, cuida-se de Texto notavelmente diferenciado, o qual, distintamente dos demais diplomas, não reúne regras meramente regedoras das relações entre pessoas e entre estas e o Estado, mas consubstancia um conjunto de postulados especialíssimos, que direcionam o próprio modo de ser da sociedade

regida, em plena vigência do já referido posicionamento pós-positivista.

Nesse raciocínio, tratando-se de norma central fundamental, não mais se prestam à correspondente interpretação, demandada por esse tipo de texto, os conceitos da nominada Hermenêutica clássica, dependendo, pois, de novos métodos, capazes de entender a mudança de eixo do sistema jurídico, que encontra, agora, na Constituição, uma categoria distinta de direito e que, por essa razão, deve ser manipulada de forma adequada.

Visto isso, passa-se no tópico seguinte ao estudo dessa evolução jusfilosófica e, ao depois, à identificação das principais características dessa Nova Hermenêutica Constitucional.

3.2 Hermenêutica Filosófica e Hermenêutica Constitucional

A origem etimológica do que hoje se conhece por Hermenêutica teve essência surgida na Grécia antiga, representada pelo verbo *hermeneuein*, interpretar, e pelo substantivo *hermeneia*, interpretação, remontando ao mito do Deus mensageiro Hermes, a quem se reconhecia a capacidade de intermediar o entendimento entre os Deuses e os Homens. Imputava-se a Hermes a capacidade de transformar o que superava a compreensão humana em algo inteligível, ou seja, compreensível, aplicável. (PALMER, 1986, p. 24)

As teorias hermenêuticas, enquanto construção intelectual de um setor amplo do conhecimento, entretanto, somente se afirmaram, já com especial contorno científico, no início do século XIX, em especial com os estudos de Schleiermacher (2009), nos quais se anteviu a possibilidade de aplicação dos conhecimentos hermenêuticos indistintamente a todos os campos do saber, e não mais de modo restrito à compreensão essencialmente de textos religiosos e jurídicos.

Ao lado de Schleiermacher, Dilthey desenvolveu em sua teoria um método próprio para as ciências do espírito, partindo da premissa de que estas se distinguem das ciências naturais explicativas por buscarem a compreensão. (DILTHEY apud PEREIRA, 2006).

É em Gadamer (1999, p. 548), na esteira dos ensinamentos de Martin Heidegger, que a Hermenêutica ganha um irremissível caráter filosófico; é dizer, muito mais do que o sentido epistemológico antes manifestado nas obras de Schleiermacher (2009) e Dilthey, que visava a determinar os fundamentos lógicos, o

valor e o alcance das ciências construídas, através dos estudos críticos dos seus princípios, hipóteses e resultados, nessa nova perspectiva, o foco investigativo passa a ser o fenômeno compreensivo em si mesmo, operação esta que se convencionou chamar de giro hermenêutico. (DILTHEY apud PEREIRA, 2006).

Diferentemente da hermenêutica técnica, a hermenêutica filosófica não se preocupa em dar orientações para a interpretação, mas pretende, de forma muito mais sofisticada, compreender o próprio fenômeno interpretativo.

Sobre o tema Pereira (2006), magistralmente esclarece:

A disciplina em GADAMER opõe verdade a método e demonstra que a possibilidade de revelação daquela depende sempre da situação hermenêutica (horizonte histórico) em que se encontra o sujeito que se põe a compreender; depende sempre de um constante diálogo com a tradição que se faz presente na plêiade de pré-compreensões que formam, ontologicamente, a compreensão individual. Ou seja, perguntando pelo que significa compreender, ou melhor, tentando compreender o que seja compreensão, refunda a discussão sobre a própria possibilidade do filosofar, inaugurando, pois, a Hermenêutica como Hermenêutica filosófica. (PEREIRA, Rodolfo, 2006, p. 17).

Gadamer (1999) apresentou ao fenômeno da compreensão uma novíssima perspectiva, sugerindo, mais do que uma estrutura tipicamente circular, na qual o intérprete ingressa e egressa no movimento interpretativo de modo idêntico, uma estrutura verdadeiramente espiral. Nesse entendimento, da leitura e análise do texto a ser compreendido, extrai o leitor conclusões que demandam contínua revisão, alcançada mediante penetrações mais profundas na obra, as quais conduzirão a novos sentidos, que superam o entendimento primevo. Noutras palavras, o leitor deve-se abrir para que o texto lhe expresse o que pretende, e não que se adapte aos seus preconceitos.

Nessa linha de raciocínio, critica-se o entendimento de que obra e observador são institutos estanques. Ao contrário de serem unidades isoladas, o que há é uma necessária compreensão compartilhada entre ambos, de modo que o entendimento surgido desse complexo é um sentido único, construído de forma comum.

Para Gadamer (1999), são cinco as estruturas fundamentais da compreensão, quais sejam, o horizonte histórico, o círculo hermenêutico, a mediação, o diálogo e a linguisticidade.

Com efeito, sem qualquer pretensão de esgotar o tema², apresenta-se em seguida, os principais caracteres de cada uma dessas estruturas.

O horizonte histórico consiste no âmbito de visão que engloba toda a visibilidade do intérprete a partir do respectivo ponto de observação, de maneira que a fronteira então encerrada pode-se deslocar na proporção em que caminha rumo à interpretação. O deslocamento, na verdade, é feito de modo que não fará cessar a interpretação, seguindo a cada vez de forma mais próxima a alcançar o correto. A construção do horizonte histórico em Gadamer (1999), portanto, revela o campo de visão imbuído dos juízos e compreensões prévias adquiridos pelo observador.

Observe-se que na obra de Gadamer os pré-conceitos são entendimentos já vinculados ao intérprete, que ocupam a sua consciência e se encontram à sua disposição, atuando como mecanismos individuais de compreensão, mormente porque, como já assinalado, o processo interpretativo não se faz de modo epifânico segundo a individualidade da obra, mas em especial conjunto construído com o observador e, conseqüentemente, de toda carga axiológica que ele detém.

Assim, por sempre se partir de um pré-saber, tal posição do observador, para que não comprometa a validade da compreensão, que deve ser legítima, não pode ser arbitrária, de modo que ao intérprete incumbe examinar seus pré-juízos no que toca às respectivas origem e validade.

Streck (2005) leciona:

O projeto de um horizonte histórico é, portanto, uma fase ou um momento na realização da compreensão, e não se consolida na auto-alienação de uma consciência passada, senão que recupera no próprio horizonte compreensivo do presente. (STRECK, 2005, p. 208).

Na mesma linha de pensamento, o círculo hermenêutico é entendido como a realização do processo de interpretação através de uma interação ontológico-dialética entre a consciência histórica do observador e a abertura interpretativa viabilizada pelo objeto. Vale dizer, exatamente como indicado linhas acima, só haverá compreensão a partir da interação entre o que o observador conhece e o que pretende conhecer, o que se vislumbra, também, a partir da concepção da fusão entre horizontes históricos passado e presente, numa simbiose que produz o conhecimento legítimo.

² Para um estudo completo: PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

Schleiermacher já concebia a noção do círculo hermenêutico, mas como uma relação que se estabelecia entre a parte e o todo: somente se compreende a parte em função do integral conteúdo, o qual, por sua vez, só pode ser entendido a partir do verdadeiro conhecimento de cada uma de suas partes. Nada obstante, essa noção reúne novos delineamentos em Gadamer, que entende o círculo interpretativo como a modulação decorrente do processo de relação mútua estabelecido entre a consciência histórica do observador e a obra, a permitir, por si, a modificação da compreensão do intérprete. Dá-se, assim, a formação do círculo. (PEREIRA, Rodolfo 2006, p. 33),

Importa notar, como inicialmente considerado, que se trata, em verdade, de um movimento espiralado, já que, ao prosseguir no processo interpretativo, o agente aprimora as suas relações com o objeto, saindo da relação iniciada com um conceito muito mais profundo do que aquela expectativa criada no início, e não simplesmente após dar um giro de trezentos e sessenta graus, como sugere a figura do círculo.

Complementando essas noções é que se coloca a mediação, informadora de que todo objeto que se nos apresenta de nenhum modo se revela em sua pureza objetiva. É que, na concepção gadameriana, justamente porque o entendimento se constrói a partir de uma relação entre sujeito e objeto, não pode a obra ser compreendida em sua totalidade de sentido, entende-se-a sempre parcialmente, já que a compreensão é influenciada pelo observador e o prisma sobre o qual analisa o objeto.

Daí o termo mediação, isto é, o conhecimento do objeto e da correspondente verdade se faz mediado por nós mesmos, nunca de forma total e eminentemente objetiva; mas, importa reconhecer, se assim não o fosse não seria interpretação, mas um simples ato - e não um processo - de apreensão do objeto, tal como teriam forjado as teorias iluministas.

Já o elemento do diálogo traduz a experiência hermenêutica não como monológica, nem dialética, mas essencialmente dialógica, o que pode ser entendido pela lógica de que a incumbência do intérprete é descobrir a pergunta correspondente à resposta dada pelo objeto de compreensão. Nessa perspectiva, é o ato de se interrogar que faz abrir ao agente o processo de conhecimento, de sorte que os conceitos utilizados pelo texto objeto de estudo ganham novo significado ao interagir com o intérprete, num significado que permite acesso do observador ao sentido da obra.

Finalmente, a linguisticidade constitui elemento de intervenção indispensável na fusão de horizonte, o meio necessário para que se aperfeiçoe a compreensão, já que tanto o pensamento quanto a comunicação são realizados através da linguagem. Em Gadamer (1999), pois, a linguagem adquire tema central da filosofia hermenêutica, considerada, então, próprio meio de interpretação.

Sintetiza-se tal concepção na afirmação de que tudo o que é percebido pelo homem decorre de uma produção de linguagem; assim, nada pode ser reputado existente se não a partir da utilização da linguagem para identificação e expressão de seu conceito.

Como se vê de todas essas considerações, a partir de Gadamer (1999) houve uma notável cisão com o objetivismo iluminista, tendo sido construída, então, uma pretensão filosófica científica da Hermenêutica, fundada na afirmação da experiência da historicidade, apresentada como uma universalidade própria, operada pela contestação do distanciamento metodológico e pelo reconhecimento da existência de que há consensos previamente fundados existentes na história. A esses elementos se acresce a afirmação da linguagem como instituto universal e prévio.

Alia-se ao inegável paradigma evidenciado pelos estudos de Gadamer (1999) as críticas formuladas por Jürgen Habermas, que apontou contradições na concepção gadameriana pautada na validação da consciência histórica como referência para a interpretação do conhecimento humano. Em apertada síntese, no pensamento de Habermas, reconhece-se que há distorções na linguagem, respaldadas por interesses que obstam o perfeito diálogo e a emancipação humana, daí que, diante da apontada necessidade de superação das interferências da ideologia, se intitula a teoria formulada por Habermas de crítica das ideologias. (HABERMAS apud GADAMER, 1999).

Com efeito, conquistada a autonomia da Hermenêutica clássica, no âmbito do Direito viu-se nascer a formulação do que se concebe por Hermenêutica Jurídica clássica, esta especialmente imbuída pelos conceitos privados, encerrados fortemente nas noções de autonomia da vontade, liberdade contratual e disponibilidade dos interesses.

Nesse contexto, restou reduzida a aplicação dos conhecimentos hermenêuticos à solução das questões da ausência de norma para a solução do caso concreto, à clarificação do texto legal e ao afastamento de antinomia normativa. Isso em decorrência do ideal do Estado Liberal, segundo o qual, como já

apurado neste estudo, colocava o Direito Privado, e não o Direito Constitucional, no centro do ordenamento, especialmente positivista.

As graves transformações sociais, entretanto, e a conseqüente demanda latente por políticas públicas, evidenciou a falência da concepção clássica do entendimento prevalecente positivista-legalista próprio do Estado de Direito.

Retomando a evolução do constitucionalismo contemporâneo, como descrito no tópico anterior, firmou-se, com o advento do Estado Democrático de Direito (OLIVEIRA, 2002, p. 62) a noção de realocação da Constituição como pedra de toque da nova conformação jurídico-social, de modo que se fez imprescindível proteger o Texto fundamental em face dos arbítrios que contra ele pudessem ser cometidos.

A afirmação do princípio da supremacia da Constituição, que, tal como antes asseverado, passou a ser encarada como um documento especialíssimo, redundou em terreno fértil para o desenvolvimento da chamada Hermenêutica Constitucional.

A consagração desse princípio se deu por forte contribuição dos então recém-criados controle de constitucionalidade, que encontram origem remota no Direito norte-americano. É sabido que a Constituição dos Estados Unidos da América de 1787 marcou uma nova era, consolidando o primeiro texto fundamental de um país, cuja colocação no centro do ordenamento jurídico nacional se fez possível pela construção judicial de mecanismos autorizativos de não aplicação de leis que destoassem do núcleo constitucional, num ensaio claro de hierarquização das leis.

O mais célebre exemplo histórico da aplicação do controle de constitucionalidade norte-americano foi evidenciado já em 1806, quando, tendo sido negada a posse do Juiz de Paz Willian Marbury - nomeado pelo Presidente derrotado nas urnas, John Adams -, por ordem do então Secretário de Justiça James Madison, a pedido do recém eleito presidente Thomas Jefferson, recorreu Marbury à Suprema Corte, com fundamento em lei infraconstitucional que conferia ao órgão jurisdicional competência para empossá-lo. Nesse famoso precedente, Marbury contra Madison, a Suprema Corte, em inequívoco exercício do controle de constitucionalidade, deixou de aplicar a lei invocada ao fundamento de que sem escoro no texto constitucional.

A Europa, por sua vez, vivenciou experiência semelhante a partir da promulgação da Constituição austríaca de 1920 que, sob forte inspiração na doutrina de Hans Kelsen, criou uma Corte especializada em conflitos constitucionais,

independente dos três Poderes clássicos, concentrando o controle dos atos inconstitucionais que, diferentemente do sistema norte-americano do “judicial review”, passou a ser admitido desvinculadamente de um caso concreto. O ideal restou aprimorado na Alemanha, em 1949, com a adoção sintética de características de ambos os sistemas. (MENDES, 2005)

Destaca-se, ainda, como importante elemento de consagração do princípio da supremacia constitucional a incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, o que já foi mencionado no capítulo anterior, sob o epíteto de eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Além disso, também como já visto, a elaboração de normas programáticas, de notável conteúdo axiológico e que deslocaram a noção de dignidade para o centro do Texto fundamental, também contribuiu para a afirmação do novel princípio. Ainda, figura como notável expoente desse movimento a ideia do bloco de constitucionalidade, a qual, por representar importante sustentação para as conclusões do presente trabalho, será melhor analisada no Capítulo seguinte.

É nesse contexto de afirmação e reconhecimento da especialidade das normas inseridas na Constituição que se apura a necessidade de reunião de novos mecanismos capazes de lidar com a concepção desse relacionamento entre o Texto fundamental e as demais leis, o que possibilitou, ainda que já no século XIX, o crescimento dos estudos da Hermenêutica Constitucional, que buscou estabelecer a natureza da norma constitucional.

Segundo Pereira (2006), tem prevalecido na doutrina a tese da igualdade da Hermenêutica enquanto Ciência, mas com particularidades no que toca à compreensão das leis, em aplicação das formulações seculares que informam o entendimento do Direito Privado, e da Constituição:

Há apenas uma Hermenêutica Jurídica geral, muito embora possa-se justificar a existência de uma Hermenêutica Constitucional específica, apta ao estudo dos princípios interpretativos próprios, em função das características peculiares da Constituição. A tese é justamente essa: o gênero Hermenêutica Jurídica convive com a espécie Hermenêutica Constitucional, cujo principal objetivo é traçar novos critérios de interpretação que advenham da especificidade da natureza da Constituição. (PEREIRA, Rodolfo, 2006, p. 101)

O que se pretende afirmar, então, é que por conglobar espécies normativas especiais, a compreensão do texto constitucional demanda a observância de métodos específicos. É que as normas constitucionais juridicizam fenômenos

políticos, os quais, por natureza, manifestam indiscutível peculiaridade que, conquanto não dispensem os postulados de interpretação jurídica clássica, exigem tratamento diferenciado, tal como ocorre, em especial, com as normas de organização, as normas de garantias de direitos humanos e as normas programáticas.

Outrossim, é de se lembrar que a Constituição encerra o fundamento de validade de todas as demais normas que compõem o ordenamento, de modo que não se poderia mesmo admitir a interpretação constitucional segundo os mesmos critérios esclarecedores das normas que, em última análise, se reportam à própria Constituição.

Bonavides (2006) corrobora:

Dois aspectos de capital importância assomam de imediato à reflexão do intérprete em se tratando de normas constitucionais, conforme veremos a seguir.

Em primeiro lugar, elas são de *superior categoria hierárquica* em face das normas da legislação ordinária, já pela natureza de que algumas se revestem (constitucionalidade material), já em razão do instrumento a que se vinculam ou aderem (constitucionalidade formal).

[...] Em segundo lugar – e este é o outro aspecto que nos vem à reflexão – a norma constitucional é de natureza *política*, porquanto rege a estrutura fundamental do Estado, atribui competência aos poderes, dispõe sobre os direitos humanos básicos, fixa o comportamento dos órgãos estatais e serve, enfim, de pauta à ação dos governos, visto que no exercício de suas atribuições não podem eles evidentemente ignorá-la. (BONAVIDES, 2006, p. 459).

A interpretação constitucional, portanto, vai além da simples aplicação do texto jurídico, consiste em elemento de constante renovação do ordenamento, ao fito de atender a constante evolução social.

Retomando, enfim, a doutrina de Gadamer (1999), é possível afirmar que também na Hermenêutica Constitucional a linguagem exerce importantíssimo papel, na medida em que as normas da Constituição apresentam, em regra, enunciados de caráter sintético e aparentemente lacunoso, dado o relevante grau de abstração, a confirmar a presença, em grande escala, dos princípios, cuja discussão sobre a correspondente normatividade encerra relevante campo de estudo.

Por todas essas razões, é inegável, no estágio atual da Ciência do Direito, que as apresentadas características singularizam as normas constitucionais, dependentes, portanto, de um processo especial para adequada aplicação, e disso se extrai a certeza da necessidade de desenvolvimento de mecanismos

hermenêuticos adequados, o que se passa a expor no tópico seguinte.

3.3 A interpretação da Constituição: instrumentos da Nova Hermenêutica

A busca por uma explicação mais adequada do sentido das normas constitucionais se embasou, com inequívoca força, nos notáveis estudos de Konrad Hesse (1998), autor responsável pela afirmação contemporânea dos princípios instrumentais de interpretação da Constituição.

É Hesse um dos principais expoentes da concepção normativa da Constituição, modelo que se contrasta com quatro outros na doutrina, aos quais, apenas para fins de delimitação topográfica no tema da Hermenêutica Constitucional, se faz, em seguida, breve alusão.

Há, como se sabe, distintos fundamentos para a Constituição, cada qual encontrado em diferentes focos de justificação do Texto fundamental (SILVA, 2006, p. 38). Para a concepção sociológica, desenvolvida por Lassalle, há dois tipos de Constituição dentro de um Estado, quais sejam, a Constituição jurídica ou escrita, que é elaborada pelo poder constituinte, e a Constituição real ou efetiva, consistente na soma dos fatores reais de poder que regem uma nação. Nessa linha, se essas duas Constituições não corresponderem entre si, prevalecerá a Constituição efetiva, de sorte que a Constituição escrita não passará de uma folha de papel (LASSALLE, 2009).

Também Carl Schmitt admite a dicotomia entre a Constituição propriamente dita, aquela haurida de uma decisão política fundamental que a antecede, e as Leis Constitucionais, que se referem a todo o restante contido no texto constitucional, mas que não decorre de uma decisão política fundamental. Nessa concepção, denominada política, são estes documentos formalmente idênticos, mas materialmente de todo distintos.

A concepção jurídica, que tem como principal referência Kelsen (1998), distingue a Constituição em sentido lógico-jurídico, consistente na norma fundamental hipotética que, sendo pressuposta, serve de fundamento para a Constituição em sentido jurídico-positiva. Defende-se, pois, a imperatividade da observância às leis em razão da existência de uma norma superior, representada pela Constituição, que determina a todos a obediência à lei. A seu turno, para justificar a obediência à Constituição, formulou-se uma norma fundamental

hipotética, que determina o atendimento ao Texto fundamental, ordem esta que é pressuposta pela própria sociedade.

Segundo a concepção normativa, que remonta à doutrina de Konrad Hesse (1998), em contraposição à tese de Ferdinand Lassalle (2009), ainda que em muitos casos a Constituição jurídica se renda à Constituição efetiva, possui ela uma força normativa capaz de alterar a realidade. Nesse entendimento, o que há é um condicionamento recíproco entre a Constituição efetiva e a Constituição jurídica, de maneira que a prevalência será flutuante, ora de uma, ora de outra.

Já para a concepção culturalista, muito embora não exista um expoente clássico, pode-se identificar um defensor na pessoa de José Afonso da Silva (2013) para quem as posições apresentadas não são antagônicas, mas revelam formas diferentes de se enxergar um mesmo instituto. Nesse rumo, ao mesmo tempo em que a Constituição é condicionada pela cultura de um povo, ou seja, é resultante desse processo cultural, também é condicionante dessa mesma cultura.

Admitido o posicionamento de Hesse (1998), ou mesmo a tese culturalista, exsurge de notável importância o método hermenêutico concretizador, que se utiliza de um consagrado catálogo de princípios instrumentais. O termo concretizador, no sentido aqui utilizado, registre-se, está relacionado tanto à interpretação quanto à aplicação, em reconhecimento de que se trata de um processo unitário, indissociável.

Esses aludidos princípios instrumentais é que, tal como antes alertado, constituem os principais mecanismos de compreensão do Texto constitucional, consideradas as singularidades de suas diretivas.

De saída, impende delimitar que se adota neste estudo a doutrina de Humberto Ávila, segundo a qual os postulados normativos, princípios interpretativos, ou princípios instrumentais, são normas de segundo grau confinadoras de mecanismos para a compreensão da estrutura de aplicação e o modo de raciocínio de como devem ser encaradas as demais normas. Não estabelecem os postulados normativos direitos propriamente ditos, mas diretrizam a interpretação de outras normas, as quais, por sua vez, se aplicam diretamente ao caso concreto. (ÁVILA, 2005, p. 87)

Nesse ponto, é de fundamental importância que se faça uma intervenção para afirmar que a distinção fundamental entre regras e princípios se tornou um dos sustentáculos da moderna dogmática constitucional, superadora do entendimento

positivista estreitamente legalista, que considerava as normas restritas às regras jurídicas.

É dizer, o ordenamento se cingia, até então, a estabelecer regras, que eram mandamentos de definição, ordem de algo que deveria ser cumprido na medida exata de sua regulamentação, cuja aplicação se dá por meio da subsunção.

Com a notável contribuição de Alexy, consagrou-se que os princípios materiais são mandamentos de otimização, normas - em sentido amplo - que devem ser aplicadas na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes, o que se faz pelo método da ponderação. (ALEXY, 2008)

Desde o reconhecimento da integração do texto constitucional no eixo nuclear do ordenamento jurídico, ganhou importância o ideal pós-positivista que reconhece força normativa plena aos princípios, considerados, portanto, instrumento jurídico propriamente dito, e não mera abstração teórica. Assim, não é o fato de os princípios serem mais genéricos que os diferencia das regras, mas por serem normas de tipos diferentes, aplicáveis estes em determinadas circunstâncias, de forma condicionada pelo contexto, porquanto relativos, podendo um se sobrepor sobre o outro na aplicação ao caso concreto. (GALUPPO, 1998, p. 141).

Consideradas essas assertivas, vejamos as características conformadoras dos princípios fundamentais de interpretação constitucional³, sob a ótica das ferramentas desenvolvidas pela Nova Hermenêutica.

O traço fundamental que distingue a Constituição das demais leis que integram o ordenamento jurídico, como visto, é a supremacia que se lhe reconhece, ou seja, a posição de superior hierarquia, óbice a qualquer incompatibilidade dos demais atos normativos, que encontram, todos, parâmetro último no Texto fundamental.

A noção de supremacia da Constituição, já largamente estudada, encerra, ainda, a circunstância de serem suas normas responsáveis por regular o procedimento de produção dos demais diplomas legais, assim como o respectivo âmbito de aplicação e abrangência, já que lhes direciona a carga axiológica correspondente. Desse modo, o controle de constitucionalidade representa a própria garantia de afirmação desse postulado interpretativo, possibilitando ao intérprete que deixe de aplicar um texto legal, por incompatibilidade com a Constituição.

³ As conclusões estão fundamentadas notadamente nos estudos de Canotilho (1993).

É nessa mesma perspectiva que se reconhece o princípio da interpretação conforme a Constituição, informador da necessidade de sempre se optar por um sentido da norma objeto de compreensão que melhor se coadune com a matriz constitucional, ideia esta que permite o controle de validade do próprio sentido que se confere à norma, em atendimento ao padrão estabelecido pelo Texto fundamental.

Assim, pode-se dizer se que trata a interpretação conforme, ao mesmo tempo, de um princípio interpretativo e uma técnica de controle de constitucionalidade, neste caso, sem redução de texto, numa declaração da melhor compreensão segundo o texto constitucional.

O princípio da unidade, muito utilizado pelos Tribunais, estabelece que a Constituição deve ser interpretada de forma a evitar antinomia entre suas normas, sempre considerado todo o sistema vigente; há de se encarar o texto constitucional, portanto, como a integração de um todo unitário, que não comporta contradições.

É esse postulado que afasta a tese de Bachof (2008) segundo a qual as normas originárias da Constituição podiam ser consideradas inconstitucionais. O que se entende na atualidade, diferentemente, é que o Texto fundamental revela uma unidade global, repleta de valores que, entrelaçados, formam um sentido único para todo o ordenamento, sendo que esta unidade, por certo, pressupõe a inexistência de hierarquia normativa ou formal entre as diretivas constitucionais.

Nessa linha de raciocínio, justifica-se o emprego da técnica da ponderação exatamente nos casos em que há conflito entre os princípios, o que permite, em qualquer caso, a manutenção da inafastável unidade hierárquico-normativa da Constituição.

Por sua vez, segundo o princípio da máxima efetividade, especialmente invocado no âmbito dos direitos fundamentais, impõe-se que seja dado o sentido hábil a conferir a maior eficiência possível a cada um destes, com vistas à realização concreta de sua função social.

É de extrema importância observar neste ponto que a efetividade não se confunde com a eficácia: enquanto esta última pertine à aptidão da norma para produzir os efeitos que lhe são próprios, a efetividade consiste na produção concreta dos fins para os quais a norma foi criada. Nesse sentido, diz-se que quando a norma está apta a produzir estes efeitos, mas não o faz, é eficaz, muito embora não seja efetiva.

Com efeito, toda norma constitucional possui eficácia, já que não há no Texto fundamental comando normativo inapto à produção de efeitos, conquanto, a despeito disso, nem todos eles tenham efetividade. Não é demais afirmar, dessa maneira, que até mesmo as normas programáticas, ou de eficácia limitada, possuem aptidão mínima para produzir os efeitos respectivos.

Por conseguinte, possuindo eficácia positiva, detém a norma aptidão para ser aplicada ao caso concreto, ao passo que quando possui eficácia negativa, caractere comum a qualquer norma constitucional, reúne ela aptidão para invalidar diretivas outras que lhe sejam contrárias. Tudo isso reafirma a conclusão de que qualquer norma constitucional reúne os pressupostos mínimos para que não seja considerada simples abstração, mas verdadeiro mecanismo de atuação social.

Do princípio do efeito integrador emana a necessidade de se dar primazia às soluções que favoreçam a reunião política e social quando da resolução de problemas jurídico-sociais, ao fito de criar um efeito conservador da unidade normativa constitucional.

Já o postulado da conformidade funcional, ou da justeza, tem por finalidade não permitir que os órgãos encarregados da interpretação constitucional cheguem a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório funcional estabelecido pela Constituição. Tal princípio estabelece, então, que cada um dos Poderes deve agir de acordo com as funções delineadas pelo Texto fundamental.

Entende-se, nesse sentido, que o órgão jurisdicional incumbido de interpretar e concretizar a norma constitucional deverá fazê-lo em benefício da correspondente força normativa, não podendo modificar a repartição prevista pelo poder constituinte.

Também de relevante importância, o princípio da concordância prática, ou da harmonização, preceitua que diante da colisão entre normas constitucionais deve o intérprete coordenar os bens em conflito, realizando uma redução proporcional de cada um deles, podendo esse postulado ser utilizado sempre que se depara com um conflito abstrato, isto é, normativo próprio; e a ele se aliando a já mencionada concordância prática, incidente nas hipóteses em que verificado um conflito impróprio, isto é, diante do caso concreto.

Decorre o nominado postulado da afirmação da inexistência de hierarquia entre os princípios, que, embora todos vigentes de forma ladeada, quando em conflito, deve-se proceder ao sacrifício parcial de um deles, para que todos sejam aplicados proporcionalmente.

O princípio da força normativa, a seu turno, não estabelece propriamente um critério interpretativo, mas um verdadeiro apelo ao operador, alertando da necessidade de se dar preferência às soluções densificadoras das normas constitucionais, as quais devem sempre se tornar cada vez mais eficazes e permanentes, de sorte que é imperativo que se prime por uma interpretação que preserve ao máximo a normatividade do dispositivo.

Finalmente, é imprescindível que se faça menção ao princípio da razoabilidade. Observe-se, entretanto, que o caríssimo postulado, ao qual se atribui relevante papel no ordenamento, já foi estudado por larga e competente doutrina, que compilou contribuições incalculáveis à Ciência do Direito, sendo que os estreitos limites do presente texto impedem que se confira maior profundidade ao tema. Nessa linha, é de se advertir, de plano, que se passa a traçar tão somente as principais características do postulado.

É cediço que muito se discute sobre a diferença entre o que se denomina princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade. A principal distinção que se reconhece, a bem da verdade, remonta às origens respectivas.

A razoabilidade encontra fundamento no sistema jurídico anglo-saxão, com destaque para o Direito norte-americano, para o qual é entendida como decorrência do “*substantive due process of law*”. A proporcionalidade, por sua vez, remete em especial ao sistema jurídico alemão, abstraída, então, do princípio do Estado de Direito, o chamado “*Rechtsstaat*”, informador de mecanismo de controle dos atos do Poder Executivo. Nesta formulação, se os poderes instituídos devem agir em conformidade com a lei, deve ela ser proporcional e razoável, bem assim os atos do poder público. (BARROSO, 2009, p. 224)

No sistema brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, no exercício de suas altas funções institucionais, tem entendido como sinônimas as expressões, sendo certo que, afora as respectivas construções históricas, é de todo adequado afirmar que são ambas manifestantes da ideia de rejeição de arbitrariedades.

Nas palavras de Coelho (2007):

O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação

para todo o ordenamento jurídico. (COELHO, 2007, p. 109).

Cuida-se, portanto, de importante medida de manejo dos demais princípios, assim como de diretriz hermenêutica da legislação e dos atos públicos, que se divide em três subpostulados, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação consiste na relação entre meio e fim, ou seja, para que um ato seja adequado e, por consequência, proporcional, o meio utilizado tem que ser apto a alcançar o fim almejado, não podendo ser insuficiente nem exagerado.

A necessidade, também nominada de exigibilidade, ou princípio da menor ingerência possível, informa que dentre os vários meios existentes para atingir o fim perseguido deve-se valer daquele menos gravoso. A restrição de direitos, sob esse viés, somente se legitima se insubstituível por medida de menor gravidade.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito indica que se deve fazer uma ponderação entre os custos da medida a ser adotada e os benefícios por ela oferecidos. Aliado aos demais subprincípios, resta formada a tríade elementar da proporcionalidade.

São esses os postulados que externam os mecanismos desenvolvidos pela Nova Hermenêutica. Assim, visto como se compreende e se aplica a Constituição, importante instrumento de proteção do cidadão nacional, passemos ao estudo mais detido do bloco de constitucionalidade, para que se possa lançar as principais conclusões que fundamentam o presente estudo.

3.4 A experiência Francesa; “*Le bloc de constitutionnalité*” e o preâmbulo da Constituição brasileira

A noção de “bloco” surgiu no Direito Administrativo da França, remontando, ao início, à ideia de bloco de legalidade, que designava o conjunto de normas a que estava submetida a Administração Pública. O desenvolvimento histórico da temática evoluiu para uma dimensão constitucional, tendo sido condensado um novo conceito referente, em especial, à solidez e unidade dos direitos fundamentais do homem.

Os primeiros relatos de uso da expressão “bloco de constitucionalidade” remetem mais especificamente ao julgamento do Conselho Constitucional Francês que tratou sobre a liberdade de associação.

Em célebre decisão, a Corte deixou de aplicar lei de 1971 que, revogando trechos vigentes desde 1901, restringiu a constituição de associações privadas, tendo como fundamento sua conclusão na superioridade das garantias tocantes aos direitos básicos do homem, elevando-se a liberdade de associação a *status* de direito fundamental.

Segundo Favoreau e Philip (1991), o precedente representou o marco consagrador do valor jurídico do preâmbulo constitucional, eis que aplicados princípios fundamentais reconhecidos pelas Leis da República com força de texto constitucional. (FAVOREAU; PHILIP, 1991, p. 242).

A propósito, assim leciona Mariano Júnior (2011):

O bloco de constitucionalidade é o conjunto de normas de nível constitucional que tem o papel de ampliar o paradigma do controle de constitucionalidade. Acontece que, tais normas com nível constitucional, não necessariamente, precisam estar expressas na Constituição, uma vez que a Carta Magna deve ser interpretada em função da realidade. (MARIANO JÚNIOR, 2011)

O entendimento do mencionado autor, ao qual se propõe adesão, encara a expressão “bloco de constitucionalidade” em seu sentido amplo, englobante, pois, não apenas das normas formalmente constitucionais, mas de todas aquelas que versam sobre matéria constitucional, alcançando, assim, mesmo a legislação infraconstitucional, mormente no que toca à proteção das garantias fundamentais do homem.

É de se observar, entretanto, que se opõe a esse pensamento a doutrina que defende a abrangência da expressão apenas em sentido estrito, por todos, a lição de Canotilho (1993), que avalia o bloco de constitucionalidade como uma simples referência, ou seja, somente o conjunto das normas que servem de parâmetro fariam parte deste bloco. (CANOTILHO, 1993, p. 811).

Na verdade, releva notar que, sendo a Constituição a norma máxima do Estado, e, existindo a possibilidade de equiparação de normas e princípios infraconstitucionais à Carta fundamental, é inconcebível que haja qualquer incompatibilidade entre os textos infraconstitucionais e a Constituição.

E é considerando essa necessidade de compatibilização, importante para qualquer uma das teorias que se adote, que Canotilho (1993) defende o que denomina parâmetro constitucional:

Todos os actos normativos devem estar em conformidade com a Constituição. Significa isso que os actos legislativos e restantes actos normativos devem estar subordinados, formal, procedimental e substancialmente, ao parâmetro constitucional. Mas qual é o escalão normativo de acordo com o qual se deve controlar a conformidade dos actos normativos? As respostas a este problema oscilam fundamentalmente entre duas posições (1) o parâmetro equivale à constituição escrita ou leis com valor constitucional formal, e daí que a conformidade dos actos normativos só possa ser aferida, sob o ponto de vista da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, segundo as normas e princípios escritos na constituição (ou entre as leis formalmente constitucionais); (2) o parâmetro constitucional é a ordem constitucional global, e, por isso, o juízo de legitimidade constitucional dos actos normativos deve fazer-se não apenas segundo as normas e princípios escritos das leis constitucionais, mas também tendo em conta os princípios não escritos integrantes da ordem constitucional global. Na perspectiva (1), o parâmetro da constitucionalidade (=normas de referência, bloco de constitucionalidade) reduz-se às normas e princípios da constituição e das leis com valor constitucional; para a posição (2), o parâmetro constitucional é mais vasto do que as normas e princípios constantes das leis constitucionais escritas, devendo alargar-se, pelo menos, aos princípios reclamados pelo espírito ou pelos valores que informam a ordem constitucional global. (CANOTILHO, 1993, p. 812).

O mesmo autor ressalta (1993): “O programa normativo-constitucional não pode se reduzir, de forma positivística, ao ‘texto’ da Constituição. Há que densificar, em profundidade, as normas e princípios ou regras constitucionais positivamente plamadas”. (CANOTILHO, 1993, p. 982).

Resguardadas as diferenças doutrinárias, é certo que, ao elevar vários outros textos legais ao nível constitucional, o bloco de constitucionalidade amplia consideravelmente a quantidade de parâmetros constitucionais aptos a serem utilizados nos julgados e na interpretação das leis.

Dessa forma, extrai-se dessa noção que a Constituição é formada por regras positivadas, mas vai além, abrangendo, ainda, os princípios, mesmo que não expressos, e outros textos normativos, que são, assim, capazes de servir de paradigma para o controle de constitucionalidade.

A propósito, é largamente conhecida a lição de Mello (2004), para quem não há que se comparar a gravidade da violação de um princípio, representante de uma subversão dos próprios valores fundamentais do sistema jurídico, com a transgressão de uma regra, cujas consequências sociais são eminentemente pontuais. Sobre os princípios, considera o autor:

Mandamentos nucleares de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema

normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. (MELLO, 2004, p. 842).

Exsurge inegável, portanto, que, sendo os princípios vetores de condução do sistema, núcleos de valores fundamentais, externando efeitos que irradiam por todo o círculo de sua atuação, sobrepõem-se eles sobre as regras nos casos de conflito, o que possibilita tornar o bloco de constitucionalidade uma unidade harmoniosa e coesa.

É importante considerar, noutro giro, que, no Brasil, a teoria do bloco de constitucionalidade tem ganhado força notadamente desde o advento da Constituição de 1988, cuja interpretação do seu art. 5º, §2º - o que será melhor analisado no Capítulo seguinte -, tem levado a doutrina e a jurisprudência a afirmar que, no tocante aos direitos e garantias fundamentais, o próprio texto constitucional brasileiro admitiu a noção de bloco, fazendo-se integrar pelos princípios e Tratados Internacionais de que seja parte o Brasil. (BRASIL, 1988).

Além disso, desde a edição da Emenda Constitucional nº. 45/04 (BRASIL, 2004), com a inclusão do §3º ao mesmo art. 5º, restou, nesse tocante, confirmada a interpretação que se fazia do dispositivo anterior. Em que pese as críticas que se reconhece à reforma operada pela indicada Emenda, é de se louvar a declaração legislativa, ainda que juridicamente despicienda, da possibilidade de complementação do direito constitucional pátrio por textos extravagantes, especialmente para a ampliação da proteção dos direitos humanos.

Disso se extrai relevante contribuição ao entendimento de que o preâmbulo, como qualquer outra norma fundamental, votada pelo Parlamento, integra e resguarda a força normativa da Constituição.

O preâmbulo da Constituição brasileira invoca:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. (BRASIL, 1988).

No Brasil, é de tradição que os textos constitucionais sejam iniciados por um preâmbulo, ao qual se confere função notadamente indicativa dos princípios

fundamentais do ordenamento e apresentação dos intentos constituintes nucleares.

Com efeito, em especial ao que interessa neste Capítulo, a força normativa do texto preambular é questão polêmica na doutrina mundial, destacando-se, a rigor, três principais correntes (MIRANDA, 1977, p. 17).

O primeiro posicionamento sustenta a igualdade normativa plena entre o preâmbulo e as demais normas constitucionais, à semelhança, como visto, do entendimento consagrado pelo Conselho de Estado francês, que reconheceu ser o texto introdutório da Constituição parte integrante do todo maior, exatamente como a integralidade de seus dispositivos, mormente porque foi o conjunto aprovado pela Assembleia Constituinte a partir do mesmo procedimento e, capaz, portanto, de vincular as demais espécies normativas nacionais.⁴

No lado oposto, a tese da irrelevância jurídica, ainda defendida por uma minoria, entende o texto preambular como simples contextualização política e histórica da Constituição, apartado, pois, de qualquer núcleo jurídico, de modo que externaria mera carta de interesses do constituinte originário.

Por um posicionamento intermediário, defendido por Canotilho (1993), denominado tese da relevância específica ou indireta, confere-se ao preâmbulo *status* jurídico equiparado às demais diretivas constitucionais, ressaltando, porém, a correspondente distinção imperativa em relação ao corpo do Texto fundamental.

Pereira (2006), ao avaliar essas distintas correntes doutrinárias, leciona:

O incontestável caráter principiológico do preâmbulo adquiriu também indubitável normatividade, assim como os demais princípios constitucionais, desde o declínio do positivismo jurídico com seu formalismo e dogmatismo excessivos. O retorno dos valores, finalidades e interesses, expressos em princípios, como vigas mestras da convivência social, coadunam com o posicionamento ora defendido, de plena normatividade dos princípios preambulares. (PEREIRA, Luiz, 2006).

Com efeito, tem evoluído na doutrina o entendimento de que, principiológico ou não, reconhece-se normatividade ao preâmbulo, o que basta, independentemente da plenitude da força correspondente, para que se viabilize a conclusão da possibilidade de se extrair, diretamente do texto preambular, regra jurídica imperativa vinculadora de todo o ordenamento vigente, tal qual qualquer

⁴ Tem destaque na doutrina e jurisprudência nacional as decisões do Supremo Tribunal Federal, nomeadamente de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, cujos votos têm obtemperado o entendimento inicial da irrelevância jurídica do preâmbulo, contemplando-lhe como importante vetor axiológico hermenêutico. Nesse sentido a ADI 3.510 (BRASIL, 2010), e o RMS 26.071 (BRASIL, 2008

outra norma constitucional.

Nesse raciocínio, é de se admitir que o preâmbulo da Constituição goza de patamar idêntico a todo o corpo do Texto fundamental, manifestando núcleo axiológico aglutinador de importante conteúdo normativo, equivalente aos princípios constitucionais, dos quais, no atual estágio de desenvolvimento do Constitucionalismo contemporâneo, não mais se nega poder extrair norma impositiva.

Ao encontro desse pensamento, a doutrina de Agra (2002), em excerto esclarecedor:

O preâmbulo constitucional tem natureza jurídica definida, ou seja, faz parte da Constituição, com força normativa, tendo ainda a função de servir à interpretação das normas constitucionais restantes. A conclusão mencionada se deve à tese defendida por Pontes de Miranda de que na Constituição não existem palavras inúteis. O preâmbulo concebe as diretrizes filosóficas e ideológicas que serão confirmadas ao longo da Lei Maior.

Quem discorda dessa assertiva afirma que sua função é meramente de cunho religioso, moral ou ideológico. Ora, ao longo do Texto Constitucional vamos encontrando inúmeras premissas religiosas, morais ou ideológicas, que não são destituídas de valia jurídica, como, por exemplo, o de a pessoa ter acompanhamento religioso em instituições civis e militares de internação coletiva, o que sinaliza uma orientação de natureza religiosa.

[...] O preâmbulo, ao condensar os princípios que serão depois explicitados, exerce uma influência determinante na interpretação constitucional, funcionando como instrumento para manter a coesão sistêmica da Carta Magna, evitando antinomias que acarretariam a fragilidade da concretude normativa. (AGRA, 2002, p. 102).

Seguindo a mesma linha de pensamento, Britto (2003) considera:

A única parte da Constituição Positiva em que o Poder Constituinte pode falar sobre si mesmo, pode se auto-referir, é o preâmbulo de sua obra normativa. Aqui, sim, por se tratar de uma *ante-sala* ou de um prefácio do corpo de dispositivos da Constituição, é o espaço possível para o Poder Constituinte projetar, de fora para dentro da Magna Carta, a diferença entre ele e o Poder Constituído. É o momento, o momento certo, o único momento logicamente possível para o povo dizer que se reuniu em Assembléia Constituinte, assumiu sua natureza constituinte, como condição lógica de elaboração constitucional. (BRITTO, 2003, p. 41).

Dessas considerações, é possível extrair a regular manifestação de conteúdo normativo, impositivo e vinculador ao preâmbulo, que se reflete em todas as demais normas constitucionais, razão pela qual se pode afirmar, já neste momento, que do conteúdo preambular se colhe, além de relevante parâmetro hermenêutico, fonte criadora de regra jurídica, que obriga todos os poderes públicos a “assegurar o

exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça” (BRASIL, 1988), tal qual determinou o constituinte.

Vale dizer, encerra o preâmbulo norma de notada importância do texto Pereira (2006), ao analisar a tomada de posicionamento primeira do Supremo Tribunal Federal⁵ pela tese da irrelevância jurídica:

Ele [o preâmbulo] é composto por normas constitucionais autônomas, com relevância jurídica e normatividade, constituindo direitos e deveres, devendo, pois, ser obedecido e respeitado. A norma jurídica que o desrespeitar deve, desse modo, ser declarada inconstitucional.

[...] Não entendemos a razão pela qual o preâmbulo é visto como “mais ou menos solene, mais ou menos significativa” se também é fruto da Assembléia Constituinte e da vontade do povo. De igual modo, vincular o preâmbulo à ruptura social não é razoável. Inicialmente, porque, nem sempre, conforme a história tem demonstrado, as constituições são frutos de ruptura social e os preâmbulos quase sempre estão presentes. Ademais, a depender da compreensão do intérprete, pode-se chegar à conclusão que toda Constituição é fruto ou leva à ruptura social e histórica, o que jogaria por terra toda a vinculação realizada pelo constitucionalista português. (PEREIRA, Luiz, 2006).

Destarte, é de se reconhecer que o preâmbulo é verdadeiramente parte integrante do texto constitucional e, como tal, deve ser tratado com igualdade em referência às demais diretivas, já que nele se funda a consagração expressa de valores fundamentais dos direitos do homem, que somente podem ser interpretados como critérios materiais, objetivando acerca de uma orientação do ordenamento jurídico e de sua participação no contexto constitucional, de maneira a exercer, assim, um inegável poder normativo, de aplicabilidade imediata.

Registre-se, ainda, que se alia a essa conclusão o argumento de que, tal como há muito apontou a doutrina e também a jurisprudência francesa, cuida o preâmbulo de texto aprovado pelo constituinte, de sorte que não é a correspondente topografia dentro da Constituição suficiente para justificar a correspondente ilegitimidade democrática, ou mesmo para negar a sua força normativa.

Por conseguinte, com o máximo respeito aos demais posicionamentos, entende-se que melhor se coaduna com as diretrizes do constitucionalismo contemporâneo o reconhecimento da relevância jurídica do texto preambular, notadamente como subsídio interpretativo da ordem constitucional e informador, sim,

⁵ O julgamento da ADI 2.076 (BRASIL, 2003), de relatoria do Ministro Carlos Velloso, constituiu marco na história jurisprudencial brasileira, oportunidade em que discutida constitucionalidade da omissão da Constituição do Estado do Acre em referência à súplica preambular “sob a proteção de Deus”.

de obrigações aos poderes públicos, que lhe devem obediência, tal como qualquer outra norma do “corpo” - termo usado porque, nessa concepção, não há que se diferenciar o preâmbulo das demais normas - da Constituição.

Afirmada, portanto, a adesão ao entendimento da normatividade plena do preâmbulo constitucional, tal qual já informara originariamente a tese do bloco de constitucionalidade francês, vejamos como desse entendimento pode decorrer importante contribuição à proteção dos Direitos Humanos no ordenamento brasileiro.

4 A NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO IMEDIATA DAS NORMAS DE DIREITOS HUMANOS AO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

4.1 A Constituição de 1988 no processo brasileiro de proteção dos Direitos Humanos

Após a imersão em longo período ditatorial, instalado no país desde 1º de abril de 1964, quando deposto João Goulart pelo então Presidente da Câmara dos Deputados, Ranieri Mazzili, a redemocratização nacional teve como marco fundamental a promulgação da nova Constituição, em 05 de outubro de 1988, em um ápice de um caminho de liberalização do regime que já se impunha oficialmente desde o ano de 1985.

O texto aprovado pelo Congresso Nacional representou importante e inegável consolidação positiva do regime democrático e dos direitos fundamentais - se é que se pode conceber tais institutos, senão como um conjunto unitário, de forma apartada ou estanque -, o que fez da vigente Constituição o mais abrangente e detalhado documento de proteção dos direitos humanos na história do país.

Por se voltar para a integral realização da cidadania (SILVA, 2006, p. 80) fez-se um texto inédito, essencialmente promotor da dignidade, aglutinador de poderosos mecanismos que se fundamentam na declaração de total rompimento com o paradigma antes vigente que admitia, sob a justificativa da manutenção da lei e da ordem, a violação dos mais fundamentais e mínimos, portanto, direitos do ser humano.

Nessa linha, a afirmação da liberdade e da Democracia recolocou o Brasil no cenário mundial de resguardo da dignidade, viabilizando, assim, uma significativa evolução no sentido de reconhecer adesão e imperatividade às obrigações manifestadas pela Comunidade Internacional. A esse passo, firmou-se uma nova visão sobre a importância dos direitos internacionais como conquista a ser partilhada entre os diferentes Estados Nacionais, num claro movimento de transformação do próprio constitucionalismo interno, muito mais aberto à internacionalização da proteção dos direitos do homem.

Tal como asseverado no capítulo anterior, já em seu preâmbulo, previu a Constituição de 1988 a necessidade de atendimento das liberdades humanas básicas, o que necessariamente redundará na proteção de um conjunto

eminentemente indivisível e complementar de direitos humanos, representado, no novo Estado Democrático de Direito, pelo núcleo essencial da vontade individual política. (MAGALHÃES, 2002, p. 193)

Seguido da previsão preambular, o primeiro dispositivo do texto constitucional erigiu ao patamar de fundamento da República a cidadania e a dignidade da pessoa humana (incisos II e III)⁶, numa demonstração de que a nova Carta instaurava um novíssimo paradigma de Estado, preocupado em conciliar o ideal democrático com a proteção do núcleo dos direitos do homem, assentado na noção de dignidade.

Sobre o tema, Piovesan (2012) considera:

Considerando que toda Constituição há de ser compreendida como unidade e como sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como valor essencial, que lhe dá unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular. (PIOVESAN, 2012, p. 84).

A nova Constituição inaugurou, assim, uma era inédita, com a previsão de princípios fundamentais que remetem ao reconhecimento e à proteção prioritária da dignidade do homem, abrindo-se, no processo de redemocratização, na linha do que vinha ocorrendo no restante do mundo desde o pós-guerra, aos postulados gerais, condensadores de notável carga axiológica direcionadora de todo o ordenamento jurídico.

É este movimento de confirmação da superação do declinante entendimento positivista que muito fundamentou as justificativas das maiores barbáries cometidas contra as minorias étnicas e sociais durante o período de guerra. Vale dizer, abandonou-se, de forma definitiva, a total correlação antes reconhecida entre legitimidade e legalidade; não mais se admite a correção do ato público somente porque sustentado, em última análise, na ordem pressuposta de que todos devem obediência ao poder instituído. Ao revés, passou a existir algo muito maior do que o simples exercício do Poder. Foi este o novo despertar, no Brasil, para o caminho rumo a uma Democracia efetiva que, reconhecendo as diferenças, tratou de positivar e criar mecanismos de proteção dos direitos humanos.

⁶ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; [...]” (BRASIL, 1988).

A abertura constitucional também se fez ao Direito Internacional, com a aceitação dos Tratados, também estes, quando relativos aos direitos do homem, especialmente pautados na dignidade humana, responsável, pois, por conferir sentido a toda ordem jurídica mundial, daí porque denominada, com inegável razão, de superprincípio (SILVA, 2000, p. 127) orientador do Direito Internacional e também do Direito interno.

Para Barcellos (2002):

As normas-princípios sobre a dignidade da pessoa humana são, por todas as razões, as de maior grau de fundamentalidade na ordem jurídica como um todo. A elas devem corresponder as modalidades de eficácia jurídica mais consistentes. (BARCELLOS, 2002, p. 202).

Nesse rumo, a Constituição de 1988 selou definitivamente que toda a interpretação das normas, tanto constitucionais quanto infraconstitucionais se faz por remessa e consecução da dignidade humana e todo o núcleo fundamental de liberdade e respeito ao ser que a circunda.

Redirecionando toda a organização consolidada nos textos anteriores, a Carta de 1988 subverteu a ordem, iniciando-se com a afirmação em seu Título II dos direitos e garantias fundamentais, relegando à antes prioritária previsão dos poderes públicos institucionais papel secundário na Nova República. Não bastasse, fixou a inviabilidade de qualquer reforma tendente a abolir os direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, IV)⁷, criando cláusula pétrea em defesa da cidadania, e não mais, como era de prática corrente, do próprio Estado. (BRASIL, 1988).

Além disso, o Texto de 1988 foi o primeiro no Brasil a declarar, ao lado dos direitos civis e políticos, os direitos sociais, assegurados como componentes do conjunto de proteção das garantias fundamentais. Assim também, fez-se previsão expressa dos direitos difusos e coletivos, ampliando a garantia dos cidadãos em face do poder público e também do poderio particular.

Note-se que o mesmo diploma constitucional tratou de afastar categoricamente qualquer questionamento sobre a aplicabilidade de seus direitos e garantias fundamentais (art. 5º, §1º)⁸, conferindo-lhes aptidão imediata para produzir efeitos, seja negativa - consistente no poder revogador das normas contrárias -, seja

⁷ “Art. 60 [...] §4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV – os direitos e garantias individuais.”

⁸ “Art. 5º [...] §1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” (BRASIL, 1988).

positiva - daí que integralmente aplicáveis de modo direto, independentemente de intermediação legal.

Por todas essas revoluções operadas pelo novo Texto fundamental não é sem razão que se difundiu o cognome de Constituição cidadã, por ter rompido com o paradigma do Estado autoritário, consagrando uma relevantíssima conquista política de valores sociais, condensadores da aceitação expressa dos direitos universais da pessoa humana.

Em conjunto com a regulação interna da dignidade humana, expressou a Constituição o compromisso internacional de regência segundo a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II)⁹, mais uma iniciativa inédita, que veio a demonstrar a importância de reafirmação nacional em âmbito mundial, já num tempo em que não mais se pode conceber o isolamento dos Estados, notadamente no que pertine à defesa e proteção dos Direitos Humanos.

O indicado princípio da prevalência dos direitos humanos serviu de importante fundamento no trato político nacional para a ratificação de diplomas internacionais de notável expressão, como o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos em 24 de janeiro de 1992, e a Convenção Americana dos Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992.

A propósito, leciona Alves (2003):

Com a adesão aos dois Pactos Internacionais da ONU, assim como ao Pacto de São José no âmbito da OEA, em 1992, e havendo anteriormente ratificado todos os instrumentos jurídicos internacionais significativos sobre a matéria, o Brasil já cumpriu praticamente todas as formalidades externas necessárias a sua integração ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. (ALVES, 2003, p. 108).

Muito mais do que se restringir a consagrar a soberania nacional, à similitude dos textos anteriores, a Constituição de 1988 atendeu ao ideal da importância das relações internacionais, abrindo o Brasil ao convívio da comunidade estrangeira e à aceitação das normas supranacionais, nomeadamente relativas aos direitos do homem, conglobantes do entendimento contemporâneo de uma nova manifestação social, que acata, cada vez mais, a coincidência dos objetivos partilhados entre o

⁹ “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
[...] II – prevalência dos direitos humanos; [...]” (BRASIL, 1988).

Direito interno e o Direito Internacional. (TRINDADE, 1991, p. 27)

Nas palavras esclarecedoras de Piovesan (2012):

A partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar suas relações com base na prevalência dos direitos humanos, está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal. Isto é, a soberania do Estado brasileiro fica submetida a regras jurídicas, tendo como parâmetro obrigatório a prevalência dos direitos humanos. Rompe-se com a concepção tradicional de soberania estatal absoluta, reforçando o processo de sua flexibilização e relativização, em prol da proteção dos direitos humanos. Esse processo é condizente com as exigências do Estado Democrático de Direito, constitucionalmente pretendido. (PIOVESAN, 2012, p. 96).

Como se vê, são dois pilares fundamentais que se erguem com a promulgação da Constituição de 1988, quais sejam, a inegável conformação de um Estado Democrático pautado pela consagração dos direitos fundamentais dos seus cidadãos, nucleados pela noção, em construção, da dignidade humana, e a manifestação, perante a Comunidade Internacional, de total adesão aos sistemas de proteção aos Direitos Humanos.

O giro visto em grande parte dos países do mundo se fez afirmar no Brasil com a marca indelével da nova Constituição, que condensa os caracteres de uma diferente forma de exercício do poder público, em benefício único do homem, reconhecidas suas diferenças e, como visto no primeiro Capítulo deste estudo, da sua singularidade no mundo.

Vivencia-se, portanto, uma abertura do próprio ordenamento às normas internacionalizadas, em claro reconhecimento de que a proteção da dignidade e, conseqüentemente, da cidadania, representa verdadeiramente um novo índice aferidor do desenvolvimento das nações.

Os postulados da Nova Hermenêutica, pois, incidem com elementar força ao auxílio da efetivação de uma novel ordem jurídico-social. É dizer, identificado o núcleo axiológico do texto constitucional, pautado na concreção dos direitos fundamentais do homem, utilizam-se os metaprincípios como mecanismos catalisadores desse intento máximo, o que informa a necessidade de, conferindo força realmente normativa à Constituição, imprimir da forma mais ampla possível a maior efetividade aos direitos humanos, o que, pelo que se defende neste estudo, inevitavelmente passa pelo reconhecimento imediato e com *status* constitucional das normas internacionais de proteção dos Direitos Humanos.

Consideradas as diretrizes internas e internacionais consagradas pela Constituição brasileira de 1988, segue o presente texto com uma breve análise de como se dá a integração dos Tratados Internacionais, em especial de proteção dos direitos humanos no ordenamento nacional, como importante instrumento de extensão do conceito flutuante da dignidade humana.

4.2 Análise crítica do sistema brasileiro de incorporação dos Tratados Internacionais de proteção dos Direitos Humanos

Antes de ingressar na análise propriamente dita de como se dá a integração dos Tratados Internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento pátrio, vejamos como são regulamentadas as normas de Direito Internacional.

É sabido que a crescente importância e o assentamento da necessidade, pelas diversas nações, de reger as respectivas relações fez com que fossem substituídos os costumes internacionais por acordos positivados, de cujas negociações participassem os Estados interessados.

A Convenção de Viena de 1969 bem revela essa preocupação de formalização dos pactos internacionais, definindo que os Tratados constituem documentos negociados entre os Estados contratantes, que buscam a produção de efeitos jurídicos, regidos pelo Direito Internacional. A lei maior dos Tratados, disciplinadora de todo o correspondente procedimento de elaboração, foi assinada pelo Brasil em 23 de maio de 1969, tendo sido depositado o instrumento de ratificação respectivo apenas no dia 25 de setembro de 2009.

O exercício do poder e os meios pelos quais cada Estado celebra os Tratados Internacionais encontram previsão no Direito interno, de maneira que às normas internacionais incumbe, noutro giro, estabelecer como se dá a formação desses documentos, com a participação das nações interessadas.

Para a conclusão dos Tratados solenes são quatro as fases a que se submete o texto. Primeiro são realizadas as negociações preliminares, que culminam com o ato de assinatura pelo representante da parte contratante, seguido da aprovação parlamentar interna *ad referendum* e, finalmente, da ratificação executiva.

A assinatura do texto, como se reconhece tradicionalmente, representa a aprovação política do Tratado, assim como indica a ulterior obrigação moral de ratificação, de maneira que até a efetiva ratificação os direitos e obrigações

assumidos não se incorporam impositivamente no ordenamento interno dos contratantes. (REZEK, 2011, p. 58)

No ordenamento brasileiro, após a ratificação, o Tratado é promulgado por Decreto do Presidente da República e publicado no Diário Oficial da União.

Com efeito, em âmbito interno, a Constituição de 1988 adotou um sistema subjetivamente complexo, que depende da atuação complementar do Congresso Nacional e do Presidente da República. Explica-se: assinado o Tratado pela autoridade brasileira junto à Comunidade Internacional (art. 84, VIII)¹⁰, é atribuição do Congresso resolver definitivamente sobre a correspondente adoção interna (art. 49, I)¹¹, e, subsequentemente, o Chefe do Poder Executivo o promulga nacionalmente.

Entende-se que a intervenção parlamentar é necessária para que reste garantida e observada a soberania nacional, comprometida, de algum modo, com a assunção do compromisso internacional.

O que se realiza é uma forma de controle pelo Legislativo dos atos do Executivo, já que é de responsabilidade deste último a presidência da política externa e a representação pátria perante a Comunidade Internacional. Além disso, a submissão do pacto já firmado pelo Chefe do Executivo à deliberação do Congresso Nacional é representativo da necessidade de chancela popular, através de seus representantes.

É de se observar que se trata de atribuição notadamente fiscalizatória, porquanto não se admite a intervenção legislativa no texto do Tratado firmado, mesmo porque acordado por outros Estados, de sorte que o resultado será sempre o referendo integral ou a rejeição do Tratado. Isto é, a atuação parlamentar se restringe à apuração da viabilidade de adoção do Tratado, em nome do interesse nacional, consubstanciando-se em confirmação da política externa realizada pelo Poder Executivo da União (MARTINS, 1996, p. 24). Daí que se diz da necessidade de cada uma das atuações, Executiva e Legislativa, mas também da insuficiência de cada uma delas isoladamente. (REZEK, 2011, p. 69)

¹⁰ “Art. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; [...].”(BRASIL, 1988).

¹¹ “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; [...].”(BRASIL, 1988).

No ordenamento pátrio, mesmo nas Constituições anteriores, sempre prevaleceu esse procedimento integrativo, eis que o Presidente da República, tradicionalmente, só pode ratificar o documento previamente aprovado pelo Congresso Nacional, numa clara descentralização do poder do Executivo, evitando a correspondente atuação arbitrária, em prejuízo da soberania e do interesse nacional.

Visto o procedimento geral de acolhimento dos Tratados Internacionais, passemos à análise crítica da integração das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro.

Como asseverado no tópico anterior, a Constituição de 1988 marcou uma nova era, promovendo inegável alteração do eixo político-jurídico de todo o sistema legislativo nacional, o que fez colocando em seu núcleo o reconhecimento de total prioridade à dignidade humana.

Para fins do presente estudo, além deste notável giro valorativo, e conseqüentemente, hermenêutico, viu-se, pela primeira vez na história nacional, de modo tão flagrante, a abertura do Direito interno às normas internacionais, especialmente no que toca aos mecanismos de efetivação dos direitos dos homens.

Todo o Título II do primeiro Capítulo do Texto fundamental vigente encerra uma detalhadíssima carta de direitos, nomeadamente individuais e coletivos (art. 5º), sociais (Capítulo II) e políticos (Capítulo IV), mas é nos parágrafos do próprio art. 5º que se encontra um instrumento poderoso na afirmação dos Direitos Humanos. (BRASIL, 1988).

Muito mais do que conferir aplicação imediata aos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, §1º), o parágrafo segundo daquele dispositivo disparou que o rol constitucional é mínimo, expressamente remetendo a proteção do homem aos Tratados a que o Brasil tenha aderido junto à Comunidade Internacional.

Eis o teor da diretiva:

Art. 5º [...] §2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL, 1988).

Consagrou-se de modo irremediável - por incidência do postulado da proibição do retrocesso - a adoção de um sistema protetivo de dupla fonte normativa, ou seja, ao lado das garantias constitucionais, vigem com força plena os

direitos emanados dos Tratados Internacionais firmados pelo Brasil, os quais, em aplicação do mesmo dispositivo já transcrito, gozam de natureza constitucional, e não meramente legal.

Daí dizer-se que, segundo a lição de Silva (2006), são três as categorias de direitos individuais trazidas pela Constituição de 1988. O primeiro grupo contempla os direitos expressos, positivados no texto dos incisos do art. 5º; o segundo pertine aos direitos implícitos, extraídos das regras de garantia, como o direito à identidade pessoal; e, o terceiro, decorrente do regime e de tratados internacionais subscritos pelo Brasil. (SILVA, 2006, p. 194)

Negando a difícil caracterização apriorística desse último grupo de direitos, a doutrina contemporânea, personificada no atualíssimo magistério de Flávia Piovesan, considera que são eles direitos explícitos, assim como o primeiro rol proposto por José Afonso da Silva, e não componentes de um universo vago e impreciso, como são os direitos implícitos. (PIOVESAN, 2012, p. 114)

Nessa esteira, parece inequívoca a conclusão de que, se os direitos decorrentes dos tratados internacionais de que é parte o Brasil compõem o próprio rol constitucional, complementando-o, identifica-se, neles, em importação da teoria francesa, um verdadeiro bloco de constitucionalidade.

Vale dizer, se há remessa pela própria Constituição a um texto extravagante, conferindo-lhe *status* constitucional, goza este documento de força normativa fundamental, pelo que, além de imediatamente, ingressa no Direito interno à total semelhança e equiparação dos dispositivos constitucionais.

Não fosse suficiente tal conclusão, extraída da norma contida no §2º do art. 5º da Constituição brasileira, defendendo-se, neste estudo, a força impositiva das disposições constitucionais preambulares, já daí se extrai que qualquer norma internacional de proteção dos direitos do homem à qual tenha o Brasil manifestado adesão, inevitavelmente constituirá ela regra com *status* constitucional, integrando, pois, o bloco de constitucionalidade brasileiro.

É que o constituinte, ao identificar como pressuposto de toda a ordem constitucional a efetivação do exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, assim como o comprometimento na ordem constitucional, no próprio preâmbulo, que certamente goza de imperatividade, contemplou de força constitucional todas as normas extravagantes que visam a assegurar esse núcleo dos Direitos Humanos.

Nada obstante este entendimento, observou-se no Brasil grave celeuma no que toca à identificação da taxonomia jurídica dos Tratados Internacionais. As correntes doutrinárias se dividiram entre os que reconheciam hierarquia supraconstitucional às normas internacionais, ladeados dos que defendiam a hierarquia constitucional, ou, ainda, supralegal, até aqueles que lhes reconheciam paridade hierárquica com a lei federal.

Pretendendo avançar na proteção da dignidade humana, a Emenda Constitucional nº. 45/04, nesta seara, promoveu três importantes modificações legislativas, a saber: o reconhecimento da adesão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional (art. 5º, §4º)¹², a possibilidade de federalização das graves violações de direitos humanos (art. 109, §5º)¹³, e, com especial importância para o presente estudo, a imputação do *status* de emenda constitucional aos Tratados e Convenções internacionais sobre direitos humanos, desde que aprovados no Congresso Nacional pelo mesmo procedimento daquela espécie normativa.

Esta última alteração foi promovida com a introdução do §3º ao art. 5º da Constituição, que tem a redação seguinte:

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. (BRASIL, 1988).

Ao contrário de reforçar a conclusão extraída tanto da interpretação do preâmbulo constitucional, assim como do art. 5º, §2º, à luz dos postulados da Nova Hermenêutica, a Emenda veio a estabelecer o *status* de norma equivalente do direito constitucional derivado, o que deu azo, no Supremo Tribunal Federal¹⁴, à adoção do entendimento de que às normas internacionais de proteção dos direitos humanos se reconhece natureza supralegal.

¹² “Art. 5º [...] §4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.” (BRASIL, 2004)

¹³ “Art. 109 [...] §5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.” (BRASIL, 2004).

¹⁴ O entendimento se firmou com o julgamento do Recurso Especial nº. 466.343/SP (BRASIL, 2009).

A posição é criticada pela doutrina. Por todos, a lição de Comparato (2013):

Convém deixar aqui assentado que a tendência predominante, hoje, é no sentido de se considerar que as normas internacionais de direitos humanos, pelo fato de exprimirem de certa forma a consciência ética universal, estão acima do ordenamento jurídico de cada Estado. Em várias Constituições posteriores à Segunda Guerra Mundial, aliás, já se inseriram normas que declaram de nível constitucional os direitos humanos reconhecidos na esfera internacional. O Brasil veio, porém, contrariar essa tendência com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, a qual introduziu no art. 5º da Constituição um §3º [...].

É evidente que esse retrocesso foi imposto pelo grupo oligárquico dominante, o qual, submetido à crescente pressão internacional, não quis abrir mão do seu tradicional privilégio de impunidade ao desrespeitar os direitos humanos dos mais fracos e pobres.

No plano internacional, ninguém mais contesta o princípio da soberania absoluta da norma imperativa de direito internacional geral (*jus cogens*). Segundo consenso unânime, as normas internacionais de direitos humanos são dessa espécie.

Ora, como pretender, diante disso, que os ordenamentos jurídicos nacionais possam sobrepor-se ao *jus cogens* internacional? (COMPARATO, 2013, p. 75).

Afora tal controvérsia, cuja solução ora se defende pela homenagem ao entendimento da constitucionalidade dos Tratados Internacionais de proteção dos direitos humanos, não se encerra nesta crítica a incompatibilidade do §3º do art. 5º com a mais moderna interpretação da Constituição, evidenciada, também, na exigência de prévia aprovação parlamentar para que se reconheça *status* privilegiado a estas normas constitucionais.

Com efeito, o mesmo raciocínio que conduz à conclusão de que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos têm aplicação imediata e natureza jurídica constitucional, por formarem o que se entende pelo bloco de constitucionalidade brasileiro, sustenta a afirmação de que a proteção da dignidade humana, porquanto prioritária e integrante principal do novo eixo e do pilar que sustenta a Constituição de 1988, assim como toda a ordem internacional, dispensa a aplicação do sistema bifásico.

Isso porque, sendo a participação do Congresso Nacional no procedimento de adoção dos Tratados equivalente à chancela social à obrigação contraída pelo Executivo em pacto aderido pela Comunidade estrangeira e, ainda, defensora da soberania nacional, os novos instrumentos que informam a interpretação, tanto da Constituição, quanto do Direito Internacional de proteção da dignidade humana, são suficientes a extirpar a exigência do §3º do art. 5º da Constituição. (BRASIL, 1988).

Extraindo força normativa vinculante de todo o texto constitucional, inclusive de seu preâmbulo, e dada a ordem do §2º do mesmo art. 5º da Constituição, conclui-se pela abertura do Direito interno à efetivação internacional dos direitos do homem, e a partir dessas previsões constitucionais existe uma cláusula protetiva em aberto, que é imediatamente integrada pela simples assinatura do Tratado Internacional tendente a apaniguar a dignidade humana.

Ora, se o próprio constituinte originário se dispôs aos efeitos da proteção internacional, declarando que a pessoa humana é o núcleo fundamental que inspira a Constituição, promovendo uma total revolução no ordenamento interno pós-88, seria um contrassenso admitir que o próprio Congresso Nacional estaria autorizado, por força do procedimento constitucional, a rejeitar um Tratado de proteção dos Direitos Humanos a que tenha aderido o Brasil por intermédio do Chefe do Executivo ou de quem o represente.

Assim, o que se colhe da ordem constitucional, à qual se reconhece força normativa plena e integral, é um mandamento inequívoco de incentivo à efetivação e assegurador da dignidade, de sorte que, firmado um compromisso internacional, vedados estariam os poderes públicos a negar vigência a esta obrigação, cuja exequibilidade se impõe de imediato ao país.

Diante de tudo o que foi exposto neste trabalho, é inegável que na atual evolução dos Direitos Humanos não mais se pode admitir que um Estado expressamente comprometido com a pessoa humana se negue a assegurar a máxima proteção reconhecida em âmbito internacional.

Por consequência, é de se afirmar que os Tratados Internacionais de proteção dos direitos humanos simplesmente assinados pela República Federativa do Brasil possuem aplicação imediata, dispensando a edição de qualquer decreto ulterior, seja legislativo, seja executivo, dada a prioritária e extrema especialidade dos direitos do homem. Daí, a irradiação de efeitos internos e internacionais se faz a partir tão logo da aceitação da norma junto à Comunidade Internacional. Assim, ulterior ato formal interno seria admitido tão somente para fins de publicação e segurança jurídica, mas não para conferir, por si, executabilidade ao texto internacional.

Nesse sistema, é bom que se alerte, uma vez firmado o compromisso protetivo, imediatamente resta alargado o bloco de constitucionalidade brasileiro, no qual será inviável retroceder, viabilizando-se que qualquer decisão judicial contrária

aos mandamentos de efetivação da dignidade humana seja passível de recurso para controle de compatibilidade com as normas integrantes do conjunto constitucional brasileiro.

Vale asseverar, após assinado o pacto, o Tratado passa a integrar o ordenamento nacional, com a mesma força normativa dos direitos fundamentais positivados na Constituição, independentemente de terem ou não passado por procedimento legislativo prévio.

Observe-se que para além dos direitos individuais, como positivamente previsto no §2º do art. 5º da Constituição, uma interpretação teleológica do vigente Texto fundamental, também amparada pela declaração da força normativa do preâmbulo constitucional, sustenta a conclusão de que todo e qualquer direito humano protegido em âmbito internacional por Tratado a que tenha aderido o Brasil integra um bloco constitucional de aplicação e vigência imediatas em benefício de todas as pessoas.

Desse modo, exsurge de todo desnecessária qualquer manifestação legislativa sobre as adesões executivas aos pactos de proteção dos direitos humanos; não que se esteja a relegar papel secundário ao Congresso Nacional na formação do ordenamento pátrio, ao contrário, o que se reconhece é que a correspondente e importantíssima contribuição já se deu de forma prévia, ao declarar que todo o sistema normativo brasileiro encontra eixo nuclear na base da dignidade humana.

Tal entendimento, com efeito, de nenhum modo corrobora para a convivência com atos arbitrários do Poder Executivo, eis que além de o exercício do poder público demandar especialíssima responsabilidade, apenas os Tratados Internacionais de proteção dos direitos humanos é que ingressariam por essa sistemática no ordenamento interno - permanecendo válida, nos demais casos, a ordem do já mencionado art. 49, I, da Constituição da República -, num claro incremento poderoso do núcleo de que é composta a noção da dignidade. (BRASIL, 1988).

Nessa linha, retomando-se a conclusão de que cumpre aos Estados Nacionais, internamente, resolver sobre o modo de integração, nos respectivos ordenamentos, dos Tratados Internacionais, não há qualquer óbice à implementação nacional do proposto meio de aceleração da proteção dos Direitos Humanos no Brasil.

É dizer, os mecanismos de que a Constituição brasileira dotou o ordenamento pátrio para acolhimento dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos apresentam elevada adequação à relevância desta temática, com destaque para as disposições de seu preâmbulo e do seu art. 5º, §2º, suficientes, pelo que ora se defendeu, para esvaziar de aplicabilidade a regra de retrocesso inserta no art. 5º, §3º, que acabou por exigir formalidade já antes dispensada pelo constituinte originário, redundando em desvalorização do núcleo axiológico constitucional.

Diante disso, é de se reiterar a importância dos Direitos internacionais no âmbito interno, constituindo direito integrativo e, só assim, capaz de proteger todos os direitos inaugurados pela evolução histórica do direito do homem.

5 O SISTEMA INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS COM A IDEIA DE PROTEÇÃO DO HOMEM EM FACE AO PODER DO ESTADO

Nem sempre a movimentação do homem no território decorre de sua vontade livre, mas de circunstâncias que o obrigam ao deslocamento imediato do lugar em que vive para outros Estados.

O Refúgio remonta sua origem na própria história do homem, por ter ocasionado a movimentação de milhões de pessoas que fugiam das atrocidades do conflito.

O refúgio não se limita, evidentemente, à guerra, pode decorrer de qualquer situação pela qual passa o Estado que força o indivíduo a buscar proteção fora de seu local de origem, tratando-se o refugiado de vítima de perseguição ou expulsão..

Com o surgimento da Sociedade de Nações, logo após a primeira guerra, criada pelo Tratado de Versailles para buscar a paz e a segurança internacionais, iniciou-se a preocupação internacional de proteção dos refugiados.

Após a Segunda Guerra Mundial foi criada a Administração das Nações Unidas para Socorro e Reconstrução (UNRRA) que tinha por objetivo repatriar as vítimas do nazismo. Em 1946 foi criada a Organização Internacional dos Refugiados (OIR) que tratou dos problemas dos refugiados pós Segunda Guerra Mundial. Em 1951, já criada a Organização das Nações Unidas (ONU) com a função de garantir proteção internacional aos refugiados, criou-se, no âmbito do Secretariado da ONU, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR).

Diante do severo prejuízo humanitário da segunda guerra mundial, a ONU elaborou a Convenção para regularizar a situação jurídica dos refugiados. A convenção de 1951 foi aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 28 de julho de 1951 e sua vigência teve início em 21 de abril de 1954.

Em razão dos limites temporais e territoriais da Convenção, que se aplicava aos fatos ocorridos antes de primeiro de janeiro de 1951, e aos fatos ocorridos após a segunda guerra mundial, para atender às novas situações, foi firmado o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967, que ampliou o conceito de refugiados no tocante ao limite temporal e geográfico, permitindo a aplicação aos refugiados de todo o mundo.

Assim, a Convenção de 1951, alterada pelo Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967, protege todo aquele que, por motivos de raça, religião,

nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou voltar a ele, a teor do item “c”, do parágrafo 1º, do art. 1º da Convenção de 1951¹⁵.

Observe-se que apesar do dispositivo mencionar a palavra opinião política, não se refere ao asilo, modalidade prevista na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), que pode acarretar ônus para o Estado que acolhe o asilado e, em regra, está vinculado a crimes políticos ou comuns.

Não se pretende neste trabalho reviver a antiga discussão sobre a distinção entre asilo e refúgio, ou unidade entre eles, mas deve-se dizer que o refúgio é, por óbvio, distinto do asilo. Enquanto este está indissociável da posição política do requerente em relação àquela adotada por um país, o refúgio é instituto humanitário, independente, autônomo, que goza de proteção do sistema internacional de direitos humanos. No asilo, o Estado concede imunidade à pessoa que está sendo perseguida por outro Estado. O asilo já teve motivação religiosa, como meio de benefício para criminosos comuns e, após a Revolução Francesa, que resgatou os princípios fundamentais da pessoa humana, passou a ser utilizado também como não expulsão de alguém por motivos políticos.

Fischel de Andrade doutrina que o Estado tem o poder discricionário de conceder proteção a qualquer pessoa que se encontre sob sua jurisdição.

È o que modernamente denomina-se asilo político, uma vez que é concedido a indivíduos perseguidos por razões políticas, e se subdivide em dois tipos; (1) asilo territorial do Estado ao qual solicita proteção, e (2) asilo diplomático – o asilo concedido em extensões do território do Estado solicitado como, por exemplo, em embaixadas, ou em navios, ou aviões da bandeira do Estado. (ANDRADE apud LYRA, 2007, p. 38).

No campo axiológico, o refúgio se diferencia do asilo porquanto não traz impacto a adesão voluntária do requerente a qualquer regime político, porquanto se trata de benefício decorrente da solidariedade internacional, que se justifica em razão da singularidade da natureza humana.

Na perspectiva idealista, muito bem definida por Arendt (2011), a proteção dada à pessoa humana tem fundamento no princípio da segurança, pois todo homem tem direito de permanecer, ou sair, livremente no local onde reside. No

¹⁵ Em relação ao Brasil, consta na Convenção de 1951 a assinatura: “João Carlos Muniz. (Nova Iorque, 15 de Julho de 1952)”.

próprio direito de liberdade de ir e vir, a que se segue o direito de ser acolhido para se libertar da perseguição. E, por fim, o respeito no Estado de acolhimento, assegurando-se a garantia mínima dos direitos humanos.

5.1 O direito internacional dos refugiados

O homem nasce livre no país de origem. Ali tem família, trabalho e vive em sociedade. Constitui direito natural do homem a permanência no lugar de sua origem. O direito internacional dos refugiados tem por filosofia a proteção da pessoa humana, que foi obrigada a abandonar o seu país de origem, tratando-se, pois, de ramo próprio inserido no direito internacional dos direitos humanos.

[...] enquanto o DIR é responsável apenas pela proteção dos seres humanos em condições específicas e predefinidas em seus instrumentos normativos, ou seja, quando diante de pessoas que temem ser ou são objeto de perseguições que as obrigam a procurar asilo ou refúgio, o DIDH, em perspectiva ampla, tem competência para zelar e estabelecer condições mínimas e adequadas para salvaguardar o ser humano de todos os tipos de violações possíveis dos seus direitos, sejam estes civis, políticos, sociais, econômicos ou culturais. Tem como fim essencial, portanto, a proteção dos indivíduos contra quaisquer ações contrárias a suas garantias e direitos, sejam estas realizadas pelos Estados e seus agentes, em âmbito interno ou internacionalmente, ou mesmo por seus pares. A proteção da pessoa humana é considerada, desse modo, multifacetada e universalmente reconhecida pelo DIDH, tornando-se fundamental para a garantia, respeito e efetivação dos direitos básicos do homem e, em última análise, para assegurar a felicidade e o bem estar de todos (PEREIRA, 2009, p. 38-39).

O Direito Internacional do Refugiado está assente no Direito Internacional dos Direitos Humanos, tendo-o como fonte e, nesse ponto, desperta para a efetivação das normas do Direito Internacional do Refugiado (DIDH), tal qual ocorre com o DIDH.

Ao final da primeira guerra, conduzida pelo tratado de Versailles, que estabeleceu aos Estados que deveriam sempre buscar a paz, através das vias diplomáticas, constatou-se que o conflito gerou um problema humanitário que se verificava, principalmente, nos refugiados de guerra. Tratava-se de um problema de grande magnitude e cooperação de vários Estados.

O esforço empreendido para incitar os Estados a fim de cooperarem no sentido de repatriação ou reassentar os refugiados, deu origem ao Alto Comissariado para Refugiados Russos - ACRR (1922), porquanto, inicialmente, a

Rússia possuía o mais expressivo deslocamento de pessoas, assim, se possibilitava a identificação e repatriamento das vítimas da guerra.

O ACRR tinha por competências:

- a) realizar ações de socorro e assistência aos refugiados;
- b) definir o conceito jurídico e situação dos refugiados e
- c) organizar o reassentamento ou repatriação.

Em 30 de setembro de 1938, através de cinco resoluções aprovadas pela Assembleia Geral da Sociedade das Nações, esse órgão, evoluiu para Alto Comissariado da Liga das Nações para Refugiados (ACLNR).

Apesar das extinções da ACLNR em 1946, e do Comitê Intergovernamental para Refugiados (CIR), que trouxeram grandes avanços para a proteção dos Refugiados, após o agravamento do problema com a segunda guerra, o Conselho de Segurança da ONU criou, inicialmente, a Comissão Preparatória da Organização Internacional dos Refugiados (1948), que atuava juntamente com a Organização Internacional para os Refugiados, mas esta foi extinta em 1952.

Em 1950 a ONU criou o alto Comissariado das Nações unidas para Refugiados, que desempenhava ações de natureza eminentemente humanitária na questão dos refugiados. O órgão tem a competência para repatriar voluntariamente os refugiados e propiciar a absorção deles nas comunidades que o receberam.

Atualmente o ACNU tem um Comitê Executivo, formado por setenta e seis Estados, com atribuições para assessorar, aconselhar, discutir, propor e auxiliar o ACNUR e, lamentavelmente, mantendo-se por meio de doações.

5.2 A Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, com as alterações do Protocolo de 1967

Em 26 de julho de 1951, a Assembleia Geral da ONU aprovou e a Convenção Relativa do Estatuto do Refugiado, verdadeiro regulamento de proteção àqueles que foram perseguidos durante a segunda guerra, de suma importância porque traz o conceito de refugiado e traça os primeiros critérios de definição da situação do refugiado.

A Convenção de 1951, inicialmente aplicou-se àquelas pessoas cujos fatores de proteção originaram-se antes de 1º de janeiro de 1951 e ao continente Europeu. Inobstante alguns autores entenderem que se trata de falha da legislação, vejo a limitação como fruto da situação histórica e econômica da época, sendo que na época representou grande avanço. Eis o item “c” da Convenção;

c) Que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele. (ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS, 2011).¹⁶

Em 31 de janeiro de 1967, o Protocolo suprimiu a limitação temporal, fazendo constar em seu considerando o surgimento de novas categorias de refugiados, constando no parágrafo 2, do art. 1º:

Para os fins do presente Protocolo, o termo ‘refugiado’, salvo no que diz respeito à aplicação do §3 do presente artigo, significa qualquer pessoa que se enquadre na definição dada no artigo primeiro da Convenção, como se as palavras ‘em decorrência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e...’ e as palavras ‘... como consequência de tais acontecimentos’ não figurassem do §2 da seção A do artigo primeiro’ INSTITUTO DE REINTEGRAÇÃO DO REFUGIADO, 2014, destaque nosso).

Dessa forma, o Protocolo de 1967 retirou a limitação temporal e, em razão de sua amplitude, embora não tenha expressamente suprimido a restrição geográfica, qual seja, a aplicação no continente Europeu, tem sido aplicado em casos de refugio, em razão de seu texto ampliativo.

¹⁶ o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) foi criado pela Assembleia Geral da ONU em 14 de dezembro de 1950 para proteger e assistir às vítimas de perseguição, da violência e da intolerância. Desde então, já ajudou mais de 50 milhões de pessoas, ganhou duas vezes o Prêmio Nobel da Paz (1954 e 1981). Hoje, é uma das principais agências humanitárias do mundo. (ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS, 2011).

6 OS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO REFÚGIO

O estudo do texto da Convenção Relativa ao Refugiado de 1951 revela os elementos necessários à condição de refugiado. Nesse passo, diverge a doutrina sobre o fundamento jurídico dessa condição. Jubilut (2007) escreve com propriedade: “Status vem a ser a condição de uma pessoa em face da lei [...], ou seja, um instituto pode ser regulado por um estatuto e é exatamente isso o que ocorre com o refúgio, ao ser regulado pela normativa internacional”. (JUBILUT, 2007, p. 114).

O refugiado, pessoa que se encontra fora de seu território de origem, preenchendo os requisitos normativos, é uma pessoa reconhecida como tal e protegida pela legislação internacional.

Assim, numa primeira condição, exsurge a extraterritorialidade, que diz respeito ao deslocamento do interessado para fora do país de origem, pois o refúgio se aplica à proteção da pessoa que, em razão de violações aos direitos humanos, foi compelida a sair de seu país e ingressar em país diverso, necessitando de auxílio humanitário.

O segundo é o reconhecimento de que a pessoa está sendo perseguida, em virtude de opiniões políticas, raça, religião, nacionalidade ou grupo social. No Manual de Procedimentos e Critérios a Aplicar para Determinar a Condição de Refugiado consta que se considera perseguição “toda e qualquer possibilidade de ameaça à vida ou liberdade dos indivíduos”

O termo perseguição tem sido entendido em sentido amplo e significa toda e qualquer violação grave aos direitos humanos, pressupondo um agente perseguidor que pratica um ato ou fato desencadeador da perseguição elemento do reconhecimento do refugiado.

Segundo a ACNUR a perseguição consiste em ameaça à vida ou à liberdade por motivos de raça, religião, nacionalidade, opinião política ou pertencimento a grupo social. Para a agência o fundado temor é consequência de sérias violações aos direitos humanos, sendo que, constatado isso, é caso de conferir o status de refugiado aos estrangeiros.

Sustenta a ACNUR que o refúgio deve ser concedido, em razão de pelo menos três razões,

O refugiado é, antes de qualquer condição, um ser humano, ao qual diversos direitos foram reconhecidos internacionalmente. Os requerentes de refúgio e os refugiados se '[...] beneficiam dos direitos e liberdades fundamentais reconhecidos nos instrumentos internacionais de direitos humanos. A proteção do refugiado deve, nessa medida, ser vista no contexto mais vasto da proteção dos direitos humanos' (ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS; ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS , 2002).

Embora a ACNUR tenha a intenção da mais vasta proteção ao refugiado, os Estados ainda tendem a efetivar essa proteção somente em razão de efetiva perseguição. Tal critério não pode ser erigido à linha mestra do direito ao refúgio.

A interpretação teleológica das normas de direito internacional dos refugiados permite a interpretação no sentido de que deve ser dada maior ampliação ao conceito de perseguição, desprendendo-se do agente perseguidor. Isto porque com a evolução dos direitos humanos, há de se reconhecer o direito de o ser humano viver em condições dignas, sendo que o Estado que não tem ou não mantém essa condição torna-se violador dos direitos humanos em amplo sentido, tornando o originário deste país suscetível à proteção do refúgio, independentemente de ser ou não perseguido.

6.1 Causas de perseguição de Relevância Jurídica Internacional

No contexto do termo perseguição para fins de Refúgio é preciso analisar a motivação do pedido, cujas razões se repetem precipuamente na seara da raça, religião, nacionalidade, opinião política, ou simplesmente por fazer parte de um grupo, conforme se depreende do art. 33 da Convenção de 1951.

A raça é um conceito morfológico e não se confunde com as etnias, cujo ajuntamento de pessoas dizem respeito à cultura, língua e tradição multidiversas.

Na segunda guerra, existia a crença no sentido de que a raça pura, denominada ariana, era superior às demais. Com o tempo, observou-se que esse fato era um dos elementos para levar a população a apoiar a guerra e a necessidade governamental de praticar a dominação universal.

Não se pode deixar de falar sobre a Convenção de Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 21 de dezembro de 1965, que veda qualquer prática de discriminação em razão da raça, cor, descendência ou origem étnica ou nacional, constituindo violação aos direitos humanos.

A opinião política pode servir de causa de perseguição e dá ensejo ao refúgio. Em regra, são situações em que os interessados no refúgio se encontram em desacordo com a política governamental do país de origem.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) estabelece o direito de liberdade de opinião, já consagrado universalmente, traz proteção ao direito de opinião. É comum, principalmente após os conflitos armados, os grupos políticos perdedores sofrerem perseguições para o extermínio, exsurgindo a necessidade da proteção internacional dos direitos humanos.

As religiões figuram entre as mais antigas causas de perseguições. Relembre-se o episódio das cruzadas da qual decorreram o extermínio de milhares de pessoas “em nome de Deus”. Muitos povos sofreram perseguição por professarem crenças em confronto com aquela adotada pelo Governo. Atualmente temos o caso dos refugiados palestinos, em razão do território tomado por Israel, de solução ainda em andamento pela Comunidade Internacional.

O pertencimento a um grupo, infelizmente, tem sido causa de perseguições a pessoas que fazem parte desses grupos, defendem ou simplesmente por manifestações de simpatia a esses grupos.

Com o avanço principalmente da humanidade, outras causas podem ocorrer e já se delineiam o refugiado ambiental e outro. Nesse ensaio, nos ocuparemos, mais à frente, daquele que sai de seu país de origem em razão de condições econômicas.

6.2 Exclusão, perda e cessação da proteção do Refugiado

Entre as causas de exclusão da proteção do Refúgio, previstas pela Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, destacam-se os indivíduos que não estão sujeitos à convenção, em razão de fortes indícios ou grave suspeita de responsabilidade em crime contra a paz ou crimes contra a humanidade.

Observe-se, nas cláusulas de exclusão, que não se concederá o refugio àqueles que já tem proteção da ONU, ou já obtiveram a condição equiparada ao nacional, casos em que não há mais necessidade da proteção internacional, mas no caso acima, em que o próprio refugiado viola normas de direitos humanos, ao cometer crimes contra a paz e contra a humanidade, é justamente o compromisso com os direitos humanos que faz excluir o interessado da proteção do refugio, que

pode estar envolvido em violação das normas internacionais, não se podendo permitir malferimento de normas de direitos humanos, ainda que indiretamente.

A proteção ao Refugiado somente se justifica enquanto persistem as causas que a determinaram. Assim, cessadas estas causas, ou sobrevindo ao refugiado outra proteção, que constitua salvaguarda da perseguição, torna-se desnecessária e perde o fundamento de proteção internacional.

Extrai-se da Convenção de 1951 que a retomada da proteção pelo país de nacionalidade; a recuperação da nacionalidade; a aquisição de nova nacionalidade, a repatriação voluntária e o término das causas que ensejaram o refúgio cessam a condição de refugiado.

Nessa linha, as denominadas cláusulas de cessão se encontram no Artigo 1C (1 a 6) da Convenção de 1951 e estabelece condições objetivas nas quais o refugiado não mais necessita de proteção.

Nos casos em que o refugiado solicitar o retorno do país de tem a nacionalidade, tiver perdido a nacionalidade, ou a recuperado voluntariamente, se adquiriu nova nacionalidade, se voltou voluntariamente a instalar-se no país que deixou, se já estiverem cessadas as circunstâncias que ocasionaram o refúgio, ou, por fim, se neste caso, extintas as causas que motivaram o refúgio, o interessado não tem nacionalidade, mas tem condições de retornar ao país onde mantinha residencial habitual, nos termos da Convenção de 1951, cremos não mais existir razões para o refúgio.

Nessa linha, o próprio refugiado pode abrir mão da proteção, e estaremos diante da renúncia, ou pode ocorrer como perda da condição de refugiado, em casos em que há prática de delitos contra a segurança nacional e a ordem pública.

As cláusulas de exclusão, por constituírem exceção à proteção internacional do refúgio, em razão da natureza e da hermenêutica do direito internacional devem ser interpretadas de forma restritiva, de maneira a somente considerar excluído da proteção nos casos em que a própria proteção não se justifica.

7 O RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO DO REFUGIADO

Em 10 de setembro de 1969 a Convenção Relativa aos Aspectos Específicos dos Refugiados Africanos foi assinada pela Organização da Unidade Africana trazendo ampliação no conceito de Refugiado àquele contido na Convenção de 1951.

Para a Convenção Africana refugiado é qualquer pessoa que devido a uma agressão exterior, ocupação, domínio estrangeiro ou eventos que perturbem seriamente a ordem pública, no parte ou no todo, obriga-o a deixar o seu local de residência habitual e buscar proteção fora de seu país ou nacionalidade (item 1, do art. 1º, da Convenção). (CONVENÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DE UNIDADE AFRICANA, 2014).

A Convenção mira na exploração econômica e cultural de outros países nos países da África e aumenta o conceito de perseguição compreendendo a situação criada pelo domínio estrangeiro que atinja a vida ou a liberdade do solicitante que constitua violação aos direitos humanos.

Igualmente, em 22 de novembro de 1984, em Cartagena das Índias, Colômbia, resultou o Colóquio de Cartagena, que discutiu a crise de refugiados de 1980 da América Central e América do Sul. Esse importante encontro promoveu a ampliação do conceito de refugiado, e previu o agravamento do problema dos deslocamentos internos, trouxe cláusula aberta de perturbação à vida ou à liberdade dos nacionais, alargando a necessidade de participação de vários países para a proteção dos refugiados.

A propósito:

[...] a definição ou conceito de refugiado recomendável para sua utilização na região é aquela que, além de conter os elementos da convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, considere também como refugiadas as pessoas que fugiram de seus países porque sua vida, segurança ou liberdade foram ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação massiva dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública. (AGÊNCIA DA ONU PARA REFUGIADOS, 2014, p. 99-100).

Trata-se de notável evolução para a questão do refugiado porque como fundamento para a concessão do refúgio basta o temor da violência individual ou coletiva, que pode constituir violação aos direitos humanos.

Insta acrescentar que a grave questão dos deslocamentos internos, embora não se trate de refugiado propriamente dito, tem merecido a atenção do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, cuja matéria ainda encontra-se em construção.

O ideal seria estender a proteção aos nacionais em que o próprio Governo já os excluiu da proteção estatal do Estado em que vivem e, ainda que patrocinado pela ONU, possibilitar a esses a saída do território para o país que manifestar a possibilidade de acolhimento.

Após sucessivas reuniões e conferências, em 1989, realizou-se nova Conferência Internacional sobre Refugiados, oportunidade em que a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) adotou a Resolução intitulada Situação dos Refugiados da América Central e os Esforços Regionais para a Solução de seus Problemas, com acompanhamento constante da situação da América Central.

Em 1994 firmou-se a Declaração de San José sobre Refugiados e Pessoas Deslocadas que objetivou arregimentar e fortalecer esforços de toda a região para o problema dos refugiados. E já em 2004, a Declaração e o Programa de Ação do México para Fortalecer a Proteção Internacional dos Refugiados na América Latina, reconheceu os avanços em matéria de refugiados.

Assim, o refugiado goza de status internacional e recebe acompanhamento no país que o recebe. No Brasil através do Conselho Nacional para Refugiados (CONARE) é fiscalizado pelos órgãos da ONU, que realiza reuniões para acompanhar o desenvolvimento do trabalho dos Estados junto aos refugiados.

7.1 As organizações internacionais e a cooperação internacional

Além do trabalho da ONU, o papel importante na proteção dos refugiados é desenvolvido pelas Organizações Internacionais, mais conhecidas como ONGS. Em todos os conflitos armados vemos a intervenção de organizações, em locais e em atividades que sequer os organismos governamentais têm acesso e atuação.

Em 1859, Jean-Henri Dunant, um banqueiro suíço, quando se encontrava na Itália para tratar de assuntos profissionais, presenciou as atrocidades da guerra na batalha de Solferino, na Lombardia, ficando impressionado com o estado de sofrimento das vítimas, com falta de médicos e assistência, permaneceu para ajudá-

los, dando início a um serviço de primeiros socorros, organizou grupos para cuidar dos feridos de guerra, lançou um livro, e propôs a criação de um organismo internacional. Organizou em 1863 o Comité Internacional de socorro aos feridos, base de criação para o Comité Internacional da Cruz Vermelha.

A Federação foi criada em 1919 pelas Sociedades Nacionais existentes e tem papel determinante no desenvolvimento das normas humanitárias internacionais. A Cruz Vermelha detém privilégios e imunidades em razão de seu papel durante as guerras. A Cruz Vermelha tem sociedade em 178 países e conta com mais de 100 milhões de membros.

O papel da Cruz Vermelha após os conflitos tem se destacado principalmente na assistência aos refugiados e importante colaboração com os Estados na formulação de normas humanitárias. A Cruz Vermelha trabalha atualmente com outras Organizações não Governamentais (ONGs) e órgãos internacionais detendo na ONU o status de colaboradora, com ênfase na emergência humanitária e proteção dos direitos humanos.

A Human Rights Watch, com origem em 1978, tem sede em Nova York, e tem por finalidade coibir abusos aos direitos humanos, voltado para a responsabilidade por violações dos direitos da criança, qualquer tipo de discriminações, refugiados etc.

7.2 O papel do Estado e os efeitos do protagonismo do direito internacional de proteção do refugiado

A evolução da sociedade humana e do direito humanitário ainda não encontra o devido acompanhamento por parte do Estado.

A construção dos direitos humanos impescinde de fatos concretos que possam levar à efetivação desses direitos. O Estado ideal, desde a república de Platão, tem sido visto como aquele que busca a felicidade das pessoas da polis e não estava voltada para estrangeiros. O estado idealizado era um estado que a tudo controlava. Um estado autoritário. Essa forma de Estado prevaleceu durante um período expressivo de nossa história. Thomas Hobbes, em seu inigualável Leviatã, imaginou o Estado absolutista tomando conta de tudo e de todos, como a figura mitológica.

Entretanto, o Estado não pode se esgotar em si mesmo, a natureza e a evolução dos sistemas de proteção dos direitos do homem, evoluiu no âmbito interno e no âmbito internacional, demonstrando que os direitos fundamentais foram conquistados por toda a sociedade humana, fazendo parte do Estado o relacionamento e a aplicação do direito internacional.

Moncada (2006) bem observou:

As relações da vida internacional entre os povos têm-se tornado, desde o fim da primeira guerra mundial e sobretudo desde o fim da segunda, cada vez mais numerosas, íntimas e complexas. A sociedade internacional, ao mesmo tempo que consideravelmente se dilatou com o advento à civilização e à independência política de quase todos os povos da terra, adquiriu também hoje uma mais profunda consciência de sua unidade de destino e aspirações. Nunca as relações entre os homens, nos cinco cantos da terra, tenderam, a um tempo, mais para a dispersão e concorrência dos seus egoísmo, por um lado, e por outro para uma maior integração e interdependência na utilização dos meios para atingirem os seus fins. (MONCADA, 2006).

A globalização levou os Estados às várias alterações estruturais. Do Estado de direito ao Estado do Bem-Estar Social, seja pelo consumismo interno desenfreado, com a conseqüente necessidade de alimentar esse desejo, seja pela interação ao direito internacional do direito interno, tudo está a indicar que a globalização tem o peso e contrapeso social.

Em face das integrações regionais e da globalização vemos atualmente um enfraquecimento do constitucionalismo e o avanço do direito comunitário, com ênfase do direito do mercado e da produção.

A par disso, os direitos evoluem, citando Bobbio (1992) para quem o reconhecimento dos direitos dos homens já se encontra na quinta geração.

Nessa linha, é que a política do Estado deve interagir com a comunidade internacional no sentido do agir coletivo, incorporando a normatividade no direito interno.

Pontifica Trindade (1991)

A incorporação da normativa internacional de proteção no direito interno dos Estados constitui alta prioridade em nossos dias; pensamos que, da adoção e aperfeiçoamento de medidas nacionais de implementação, depende em grande parte, o futuro da própria proteção internacional dos direitos humanos. Na verdade, como se pode depreender de um exame cuidadoso da matéria, no presente domínio de proteção o direito internacional e o direito interno conformam um todo indivisível; apontam na mesma direção, desvendando o propósito comum de proteção da pessoa humana. O direito

internacional e o direito interno aqui se mostram, desse modo, em constante interação, em benefício dos seres humanos protegidos. (TRINDADE, 1991, p. 402)

Diante de todo esse contexto e na busca de interação é que se experimenta a hipótese do presente estudo abaixo.

Em uma primeira análise, como se viu acima, há limites normativos para a concessão do Refúgio. Assim, a regra é de concessão do refúgio, excepcionando a Convenção de 1951, que não será concedido às pessoas que já gozam de proteção ou assistência oriundas de qualquer órgão da ONU, nos casos em que o indivíduo já se encontra no gozo dos direitos como se nacional fosse no país em que reside, ou aos indivíduos sobre os quais recaiam fortes indícios ou grave suspeita de autoria e/ou responsabilidade em crimes contra a paz, crime contra a humanidade, crimes de guerra, crimes grave de direito comum ou de terem perpetrados atos contrários aos propósitos e princípios da ONU, sendo que tais hipóteses devem ser interpretadas sempre de forma restrita, conforme se viu acima.

É preciso, entretanto, avançar na construção de uma motivação válida para os casos de recusa do refúgio. Tal construção perpassa pelo círculo interpretativo como a modulação decorrente do processo de relação mútua estabelecido entre a consciência histórica da matéria dos direitos humanos e os fatos a permitir, a modificação da compreensão do intérprete.

8 A RECUSA EM CONCEDER O REFUGIO

O art. II, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, estabelece que todo homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM, 2014).

Tratando-se o refúgio de proteção humanitária não se pode permitir discriminação em relação ao pretendente ao refugiado. Assim é que a letra “c”, do parágrafo 1º do art. 1º, da Convenção de 1951, ao definir refugiados dispõe que

[...] em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguido por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país [...] (ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS, 2014).

As duas vertentes normativas Constitucionais trazem um instrumento de proteção garantindo o refúgio àqueles que, em razão de condições intrínsecas a ele próprio, quais sejam, nascimento, raça, cor não podem ser discriminados.

Nesse ponto, nos parece claro que o Estado não pode negar proteção ao pedido de refúgio das vítimas do conflito entre hutus e tutsi, em Ruanda e Burundi, que até hoje ocorre no oeste Africano.

A proteção internacional aos direitos humanos permite o Estado acolher os excluídos internacionais por motivo de raça e cor fazendo cessar a agressão contra a integridade de tais pessoas e impondo uma mentalidade de paz social.

Nesse passo, a recusa em receber tais espécies de refugiados nos parece ofender os artigos da Declaração Universal do Direito do Homem, bem como a Convenção de 1951.

Acerca do valor do pluralismo cultural, Martins (2004) assevera:

O valor do pluralismo cultural actua, portanto, na interação entre o respeito das identidades nacionais e o surgimento de uma identidade europeia. Este valor aponta, simultaneamente, para a identidade e para a diversidade que faz a riqueza cultural europeia e que o projeto de constituição erigiu em lema da União. (MARTINS, 2004, p. 239).

O pluralismo cultural, portanto, não permite a negativa do refúgio, porquanto a discriminação já é objetivo de outros tratados internacionais, que protegem a igualdade entre as raças

8.1 O refugiado econômico como sujeito de proteção da convenção de 1951

As teorias econômicas procuram explicar a formação das riquezas de um país. Para a social democracia, o indivíduo deve consumir a medida em que produz. No capitalismo, o indivíduo pode consumir (ou aplicar) tudo o que consegue produzir, sendo que quanto maior o lucro melhor. Para Marx, o ideal seria a divisão do lucro de forma comum, daí a palavra comunismo.

O comunismo reside no socialismo científico, com base no materialismo. Na teoria Marxista que é sofisticada e não se pretende neste trabalho aprofundar, o indivíduo vende uma quantidade de trabalho, que Marx denominou-o valor, baseando-se no tempo necessário para a produção daquela mercadoria, único bem que ele possui, e submetendo esse valor às leis do mercado, ou seja, concorrência, baixo salário, etc., conhecida como a taxa da mais-valia, que seria o grau de exploração do assalariado.

O capitalismo prega o grande desenvolvimento dos meios de produção, pelos trabalhadores, com ênfase na propriedade e a liberdade de mercado. No regime capitalista o Estado atua no excesso de produção, transformando-o e reinserindo-o no mercado, exercendo, assim, o monopólio do capital.

Nos mencionados regimes, a relação entre trabalhador e o Estado se mostram fundamentais para entender a presença do homem, como ser econômico, no meio social.

Na ascensão do capitalismo vemos que

Todos os sistemas sociais se preservam e se mantêm contra seus inimigos, e regulamentam seus assuntos internos, mediante o uso do poder e, assim, em última análise, mediante o uso da força e da ameaça da força. Suas normas formais repousam sobre a premissa de que se o indivíduo não obedecer às injunções do Estado – a instituição dotada de uma força pública especialmente criada para aplicar leis e injunções - mais cedo ou mais tarde será ou obrigado pela força a obedecer, ou castigado por não fazê-lo. (TIGAR, 1978, p. 15)

Com o desenvolvimento, os trabalhadores passaram a buscar melhores condições de sobrevivência. Lembra-se a época da migração para a América, que oferecia condições de vida e a possibilidade de o homem se fazer por si mesmo, o famoso *self-made-man*.

Não se trata apenas de condições melhores, mas das próprias condições econômicas em si mesmas postas à disposição pelo Poder Público.

De forma tênue, o Manual para os Refugiados tangencia a matéria:

[...] a distinção entre um migrante por motivos econômicos e um refugiado é, no entanto, por vezes confusa, do mesmo modo que a distinção entre medidas econômicas e políticas no país de origem do requerente nem sempre é clara. Por detrás de medidas econômicas que afetam uma pessoa no seu modo de vida, pode haver objetivos ou intenções raciais, religiosas ou políticas dirigidas contra um grupo particular. Quando as medidas econômicas comprometem a sobrevivência econômica de um segmento particular da população (por exemplo, impedimento do direito ao comércio, impostos discriminatórios sobre um grupo étnico ou religioso específico), as vítimas destas medidas podem, tendo em conta as circunstâncias, tornar-se refugiados ao deixarem o país. (ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS, 2014, p. 16)

Segundo o manual, somente se houver uma situação individual e peculiar que impeça o indivíduo de exercer sua atividade econômica pode ocorrer o refúgio.

Entretanto, há situações generalizadas que o Estado não oferece condições econômicas de manutenção do indivíduo e de sua família. Ainda que não esteja em período de guerra, tal condição afeta de tal forma o indivíduo que o impede de exercer dignamente a sobrevivência.

Como é sabido, faz parte da dignidade humana a integridade física e moral, no sentido de que há malferimento ao direito à vida, ao trabalho, à saúde, o fato de o Estado não disponibilizar meios de sobrevivência digna à população.

Assim, a situação que, por si, violar os direitos previstos na Carta da ONU, em princípio, viola os direitos do cidadão.

Encontrando-se nessa situação, prescindindo de situação individual e peculiar, o indivíduo pode sim buscar um refúgio econômico em outro país, que lhe ofereça reais condições de sobrevivência.

8.2 A experiência da hipótese: a recusa na concessão do refúgio pode constituir violação dos direitos humanos?

Atualmente, encontramos situação em que o país em que vive a pessoa humana não lhe proporciona as condições necessárias mínimas para viver com dignidade do ser humano, muitas vezes com risco à própria sobrevivência. Surgem os movimentos migratórios tão visíveis na atualidade, em que há verdadeira fuga em massa do país de origem à procura de lugares em condições melhores de sobrevivência. (MARX, 1978).

Em todos os continentes ocorre uma crescente migração, seja em razão da crise nos países do euro, ou ocasionada por conflitos locais, ou ainda a busca por melhores condições de vida.

O ACNUR estima que aproximadamente 8.400 migrantes e solicitantes de refúgio desembarcaram na costa da Itália e Malta no primeiro semestre deste ano. Somente para Itália foram 7.800 pessoas. Em torno de 6.700 pessoas saíram da África a partir da Líbia, enquanto 1.700 cruzaram a partir da Grécia e da Turquia e desembarcaram no sul da Itália, nas regiões Puglia e Calábria. Os principais países de origem dos migrantes e solicitantes de refúgio que se arriscam nesta travessia são os da África sub-saariana, em particular Somália e a Eritreia. Outros países são Afeganistão, Egito, Gâmbia, Mali, Paquistão e Síria. (AGÊNCIA DA ONU PARA REFUGIADOS, 2013).

Na América Latina a cada dia aumenta o número de migrantes que busca o trabalho nos grandes centros urbanos. No Brasil, o CONARE tem registrado um número crescente de migrantes, se destacando não só o latino americano, mas, principalmente, migrantes vindos da Ásia. Esse fenômeno recente tem sido visto como consequência da projeção do Brasil no mundo e das restrições à entrada de migrantes na Europa. Segundo fontes do CONARE, que registrava somente 73 pedidos de refugio da Ásia, em 2013, o número subiu para 1.830. Veja Quadro 2 abaixo:

Quadro 1 - Solicitação de refúgio por nacionalidade (até nov./2013)

Bangladesh	1.830
Senegal	799
Colômbia	386
Líbano	233
República Democrática do Congo	194
Gana	172
Nigéria	154
Somália	131
Paquistão	130
República Dominicana	103

Elaborado pela autora com dados extraídos de BRASIL, 2014

Percebe-se, então, a magnitude que é a migração global para os Estados, não só o Brasil, mas todos aqueles que recebem os migrantes, cujo número tem aumento progressivo. Primeiro porque o problema da migração envolve o princípio da dignidade humana, através do qual todo o indivíduo tem o direito de ter sua integridade física e moral protegida.

Demais disso, o problema da migração envolve a soberania do próprio Estado em receber ou não o estrangeiro.

Após a segunda grande guerra, para enfrentar a polarização do mundo e a possibilidade de novos conflitos, ocorreu uma reorganização do direito internacional, sendo que os países se organizaram em relação comunitária, segundo a qual, em razão da segurança proporcionada pelos países da comunidade, a soberania dos Estados sofreu certa relativização. (SOARES, 1997)

O processo de integração envolve a aceitação das normas de direito internacional e, portanto, o direito interno também recebe um efeito que deve ser integrativo.

Nesse cenário, as normas da CRER irradia para todos os Estados tidos como respeitadores dos direitos humanos e, em especial, o direito dos refugiados, protegido por normas de caráter internacional.

Portanto, em regra, o Estado deve receber os refugiados, em consonância aos princípios próprios de direito internacional de observância obrigatória.

Demais disso, o Protocolo Relativo aos Estatutos do Refugiado, estabelece na justificativa: “Considerando que, desde que a Convenção foi adotada, surgiram novas categorias de refugiados e que os refugiados em causa podem não cair no âmbito da Convenção” (INSTITUTO DE REINTEGRAÇÃO DO REFUGIADO, 2014).

Cumprе relembrar que, segundo o princípio da máxima efetividade, especialmente invocado no âmbito dos direitos fundamentais, impõe-se que seja dado o sentido hábil a conferir a maior eficiência possível à norma. O comando do Protocolo de 1967, aliado ao giro hermenêutico, permite invocar a produção concreta da efetividade da norma

Por conseguinte, possuindo eficácia positiva, detém a norma aptidão para ser aplicada ao caso concreto, ao passo que quando possui eficácia negativa, caractere comum a qualquer norma constitucional, reúne aptidão para invalidar diretivas outras que lhe sejam contrárias.

Decorre de todo o contexto que é possível concluir que, malgrado o número excessivo de refugiados, esse fato somente poderá constituir razão da recusa, além dos casos já expressos na Convenção de 1951, se o Estado demonstrar que a concessão do refúgio colocará em risco as condições de vida e segurança dos nacionais, ou a economia interna do país.

A conclusão decorre da convergência dos princípios de direitos humanos e direitos do refugiado, bem como da integração do Estado às comunidades internacionais.

Cabe ressaltar, a Suíça decidiu impor cotas de imigração, após referendo, proposto pelo partido de ultradireita “Partido do Povo”, ou seja, em razão de critérios que envolve discriminação, “proposto por um discurso xenófobo e anti-UE” (SUÍÇA..., 2014)

Tal fato, a princípio, viola as normas internacionais de direitos humanos e direito do refugiado os quais devem ser observados pela Suíça, que firmou os tratados internacionais sobre a matéria.

Sabe-se que o problema do refugiado é um desafio. Mas é possível enxergar os pontos positivos do problema. O ex-presidente do Brasil, Silva (2006), disse ao jornal argentino La Nacion:

Os migrantes também são essenciais para a sustentabilidade do sistema de previdência social e do dinamismo econômico em sociedades envelhecidas. Os países em vias de desenvolvimento se beneficiam com este movimento de pessoas. Remessas financeiras de 180 bilhões de dólares por ano favorecem diretamente a milhões de familiares nos países de origem dos migrantes. Esses recursos têm um poderoso efeito macroeconômico que representa, muitas vezes, um ingresso superior aos investimentos diretos estrangeiros e à ajuda oficial para o desenvolvimento. A migração é, portanto, um fenômeno global que beneficia a todos os países, tanto os de origem como os de destino. (SILVA, 2006).

A evolução do direito internacional indica que uma das soluções se encontra nas integrações comunitárias. O direito comunitário encontra-se em construção. A experiência da União Europeia (EU) nos mostra que ainda há muito o quê fazer.

A proteção dos direitos humanos, diante dos fluxos migratórios, deve ser enfrentada através da integração de todos os Estados envolvidos na migração, e até aqueles que não estão envolvidos, mas integrados em comunidade, no sentido de partilhar o numero excessivo de refugiados, promover ajuda humanitária, dar oportunidade de emprego aos refugiados e de uma vida com mais dignidade humana.

Uma sociedade interna com maior aceitação à diversidade caminha na direção desse reconhecimento da necessidade de convivência com o diferente, ultrapassando a uniformização própria da sociedade moderna.

O século XXI começou com uma importante novidade; o estado plurinacional enquanto construção social que desafia a teoria do direito e a teoria constitucional moderna. Embora possamos encontrar traços importantes de transformação do constitucionalismo moderno já presentes nas constituições da Colômbia de 1991 e da Venezuela de 1999 são as Constituições do Equador e da Bolívia que efetivamente apontam para uma mudança radical que pode representar, inclusive, uma ruptura paradigmática não só com o constitucionalismo moderno mas com a própria modernidade. (MAGALHAES, 2012).

No plano internacional, a evolução normativa indica que no plano humanitário passou-se de uma indiferença para o problema do refugiado para uma maior compreensão, mas ainda não se chegou a um avanço normativo da verdadeira proteção ao refugiado.

9 DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA E DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

A Corte Interamericana teve a oportunidade de se manifestar sobre a consulta feita pelo Estado do México, sobre a condição dos migrantes na região, o que resultou no Parecer n. 18, com destaque para o Voto Concordante de Trindade no qual o concordante destaca que a consciência jurídica universal constitui expressão da fonte material dos direitos das gentes e prega uma releitura do *ius cogis*.

A Opinião Consultiva (OC) n. 18 firmou o reconhecimento pela comunidade internacional da necessidade de se estabelecer medidas especiais para a proteção dos direitos humanos dos imigrantes em razão da sua especial vulnerabilidade. Para a Corte, os imigrantes, em regra, encontram-se em uma condição individual de ausência ou diferença de poder em relação aos nacionais ou residentes. Entendeu, ainda, que os Estados têm a obrigação de efetivar as liberdades e garantias de todos os indivíduos sob a sua jurisdição sem qualquer discriminação, reconhecendo, portanto, o direito ao trabalho do nacional e do imigrante em igualdade de condições.

A Corte Europeia tem enfrentado casos crescentes decorrentes da migração, principalmente após a UE. Destaque para o caso Siliadin v. França.

Em 26 de julho de 2005, levou-se o caso para a Corte Europeia dos Direitos Humanos (EDH) pela cidadã Siwa Siliadin, de nacionalidade togolesa, alegando que não recebeu o amparo do Judiciário Francês, em razão de ter sido vítima de trabalho forçado. Segundo a narrativa, a interessada, com quinze anos de idade, ingressou na França com promessa de emprego, residência e status migratório, mas passou a exercer trabalhos forçados na residência da família do cidadão francês que prometera os benefícios. A interessada já tinha buscado a Corte Francesa, mas somente tinha culminado com pena civil aos infratores.

Ao final, a Corte Europeia reconheceu que houve violação ao art. 4º da CEDH, afirmou que houve situação de servidão, e que o Estado é obrigado a não submeter o migrante à situação de tortura, escravidão e violação aos direitos humanos.

Assim, a CE tem sido chamada a decidir sobre escravidão, trabalho forçado, direito à liberdade e segurança pessoal, direito de reunião e muitos outros.

10 CONCLUSÃO

Foi longo o processo de afirmação dos direitos humanos, o qual observou importante aceleração desde o final da Segunda Guerra Mundial, quando generalizada a consciência das nações em referência à proteção dos direitos do homem, subjugado, no curso da história, aos piores tipos de envilecimento, seja pelo poder estatal, seja pelo exercício da força pelas maiorias constituídas.

Ao lado dessa construção secular do ideal de dignidade humana, a consagração do constitucionalismo veio a reforçar que o homem, ser singular no mundo, é o centro das instituições jurídicas e políticas, de maneira a permitir, numa crescente histórica, a limitação do poder público e a efetivação dos direitos fundamentais (BONAVIDES, 2006, p. 80).

No campo científico, essa institucionalização das Cartas constitucionais fecundou o terreno para o reconhecimento de um notável giro hermenêutico, pelo qual se reconheceu a necessidade de criação de novos mecanismos para o manejo desses diplomas nacionais, erigidos à categoria de Textos fundamentais, dos quais emana toda a carga axiológica conformadora do ordenamento jurídico pátrio.

Por sua vez, as diretrizes constitucionais, como se defendeu, embora submetidas a uma só Ciência Hermenêutica, constituem núcleos normativos que demandam mecanismos especiais de entendimento, por encerrarem, via de regra, diretivas abertas, condensadoras de uma ordem programática a ser suprida pelo executor, e, por essas razões, exigem um processo interpretativo próprio.

A perspectiva da nova ordem internacional exigiu a delimitação de espaços, o recuo nas atividades estatais excedentes e o prestígio do Direito Público Internacional como instrumento de reconhecimento dos direitos do cidadão e do Estado atual, sem significar intromissão indevida na soberania, mas surgida como necessidade de sobrevivência no mundo global.

No Brasil, esse movimento universal de submissão à imperatividade interna dos Tratados Internacionais observou forte impulso com a promulgação da Constituição de 1988, que expressamente declarou o compromisso pátrio com a ordem internacional.

Além disso, o vigente Texto constitucional, sem passar ao largo do mais moderno entendimento que se consolida em todo o mundo, promoveu um novo giro, jurídico, dessa vez, atribuindo à dignidade humana valor central no ordenamento, o

que fez a partir da declaração de extenso e detalhado rol de direitos e garantias – indivisível como o são os direitos humanos –, considerado por ele mesmo mínimo, passível de corrente integração pelas normas internacionais.

Desse novo sustento que se deu à Constituição, realizadora de um novo projeto humanista e democrático, exsurge inegável a carga normativa que se conferiu ao preâmbulo do Texto, ladeado pela adesão aos Tratados Internacionais como extensão das normas constitucionais, encerrando, assim, um núcleo aglutinador que fomenta a integração imediata ao ordenamento interno de todas as normas internacionais de proteção da dignidade humana.

Nessa linha, não se coaduna com a novel posição do constituinte a adoção do tradicional sistema bifásico, que exige a conjugação, num procedimento subjetivamente complexo, da atuação Executiva e Legislativa para o acolhimento dos Tratados e Convenções internacionais de proteção dos direitos humanos.

É dizer, uma vez que a própria Constituição elegeu como o respectivo sustentáculo a dignidade do homem, remetendo o rol dos direitos e garantias individuais à complementação internacional, não seria de se aceitar que o mesmo Congresso Nacional, amparado pelo nominado sistema bifásico, recuse imperatividade ao pacto firmado pela República Federativa do Brasil perante a Comunidade Internacional.

A Convenção de 1951, alterada pelo Protocolo de 1967 do Pacto de Proteção aos Refugiados ingressa no ordenamento dos Estados, que o firmaram, e traz todo o arcabouço do Direito Internacional do Refugiado.

O sistema internacional do refugiado está amparado pelas normas internacionais de direitos humanos e pelos programas desenvolvidos pelo ACNUR que age como mandatário da comunidade internacional.

O Refúgio tem definição jurídica e status dentro do ordenamento jurídico internacional.

Através de uma interpretação sistêmica das normas de direito internacional, direito internacional do refugiado e direito interno, chega-se à conclusão de que a concessão do Refúgio deve ser a regra, sendo que as exceções devem ser para casos em que o próprio Estado esteja em risco concreto.

Exsurge o Refugiado econômico, indivíduo que se depara com situação aflitiva de falta de condições de sobrevivência, decorrente do Poder Público que não lhe proporciona as mínimas possibilidades de sustentar a si e a sua família,

constituindo verdadeira causa de expulsão do país originário e, na medida em que há violação aos direitos já consagrados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, deve merecer a proteção internacional do Refúgio.

Diante, portanto, da relevância da dignidade humana, pode-se afirmar, sem qualquer dúvida, que os direitos fundamentais do homem transcendem o próprio modelo de Estado, por integrarem uma ordem maior, supranacional e atemporal, que sustenta todo o sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos, tudo a confirmar a hipótese inicial da aceitação do Refugiado como proteção da singularidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA DA ONU PARA REFUGIADOS. Coletânea de Instrumentos de Proteção Nacional e Internacional de Refugiados e Apátridas. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2012/Lei_947_97_e_Coletanea_de_Instrumentos_de_Protecao_Internacional_de_Refugiados_e_Apatridas.pdf?view=1> Acesso em: 12 jun. 2014.

AGÊNCIA DA ONU PARA REFUGIADOS. **Papa Francisco visita migrantes e refugiados na ilha italiana de Lampedusa**; 8 jul., 2013. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/noticias/noticia/papa-francisco-visita-migrantes-e-refugiados-na-ilha-italiana-de-lampedusa/>> Acesso em: 12 jun. 2014.

AGRA, Walber de Moura. **Manual de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. **Manual de procedimentos e critérios para a determinação da condição de refugiado**: de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao estatuto dos refugiados. Genebra: Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, dez., 2011. Disponível em: <<http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/openssl.pdf?reldoc=y&docid=521b4b664>> Acesso em: 14 jun. 2014.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS; ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Direitos humanos e refugiados**. Lisboa: ACNUR/ONU, 2002. Publicado em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/Ficha_Informativa_20.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2014.

ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 2003.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense-Universitária 2011.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. Tradução de Maria Cristina Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005.

ACHOF, OTTO. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 2008.

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

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, RJ

Renovar n. 225, p. 5-37, jul./ago./set. 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **A Corte Internacional de Justiça e a construção do direito internacional**. Belo Horizonte: Cedin, 2008.

BRASIL. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 19 jun. 2014.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 19 jun. 2014.

BRASIL. Ministério da Justiça. Comitê Nacional para os Refugiados. Conare apresenta dados sobre refugiados no Brasil. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/conare-apresenta-dados-sobre-refugiados-no-brasil>> Acesso em: 16 jun. 2014

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF Rel. Min. Carlos Britto. **Diário de Justiça**, Brasília, 28 maio 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3510&processo=3510>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.076/AC Rel. Min. Carlos Velloso. **Diário de Justiça**, Brasília, 8 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3510&processo=3510>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança. 26071/DF Rel. Min. Carlos Britto. **Diário de Justiça**, Brasília, 01 fev. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2826071%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kovkfx4>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Extraordinário. 466343 /SP. Rel. Min. Cezar Peluso. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 05 jun. 2009. Disponível

em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2343529>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

BULOS, Uadi Lamêgo. **Constituição Federal anotada**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CAHALI, Yussef Said. **Estatuto do estrangeiro**. 2. ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Editora, 2008.

CARTA MAGNA. (Magna Charta Libertatum - 1215) (1) (2). Disponível em: <<http://www.dw.de/carta-magna-de-1215-criou-condi%C3%A7%C3%B5es-para-liberdades-e-direitos-civis/a-4213323>> Acesso em: 14 jun. 2014.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONVENÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DE UNIDADE AFRICANA: que rege os aspectos específicos dos problemas dos refugiados em África. Disponível em: <http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/convencao_oua.pdf> Acesso em: 14 jun. 2014.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS - 1948: Preâmbulo. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersolInternet.pdf> Acesso em: 14 jun. 2014.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM: Preâmbulo. Disponível em: <<http://www.humanrights.com/pt/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/preamble.html>> Acesso em: 14 jun. 2014.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf> Acesso em: 23 jun. 2014.

DELUMEAU, Jean. **A civilização do renascimento**. Lisboa: Estampa, 1984.v.2.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FAVOREAU, Loius; PHILIP, Loïc. **Les Grandes Décisions Du Conseil Constitutionnel**. 6. ed. Paris: Sirey, 1991.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999.

GALUPPO, Marcelo Campos. Princípios jurídicos e a solução de seus conflitos: a contribuição da obra de Alexy. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v.1, n.2, p.134-142, jul. 1998.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Da idéia à defesa**: monografias e teses jurídicas. 2. ed. rev. e atual. conforme as normas NBR 6.023:2003, NBR 6.034:2004, NBR 12.225:2004 e NBR 14.724:2005. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do direito**: Kant e Kelsen. 2. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Os direitos fundamentais atípicos**. Lisboa: Aequitas/Editorial Notícias, 1995.

GRESPLAN, Jorge. **Revolução Francesa e Iluminismo**. São Paulo: Contexto, 2008.

HAURIOU, Maurice. Princípios de derecho publico y constitucional. Tradução de Carlos Luiz dei Castilho. Madrid: Instituto Editorial Reus, 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.

HERZ, Mônica; HOFFMAN, Andrea. Organizações Internacionais. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 2004.

HUNTINGTON, Samuel P. **O choque das civilizações e a recomposição da Nova Ordem Mundial**. Rio de Janeiro: Objetiva, 1997.

INSTITUTO DE REINTEGRAÇÃO DO REFUGIADO. Protocolo de 1967 Relativo ao Estatuto dos Refugiados. Disponível em: < <http://www.adus.org.br/protocolo-de-1967-relativo-ao-estatuto-dos-refugiados/> > Acesso em: 12 jun. 2014.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados**. São Paulo: Ed. Metodo, 2007.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Cia das Letras, 1988.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970.

LOSURDO, Domenico. **Liberalismo**: entre civilização e barbárie. São Paulo: Ed. Anita Garibaldi, 2006.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Estado plurinacional e direito internacional**. Curitiba: Editora Juruá, 2012a.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito à diversidade e o Estado Plurinacional**. São Paulo: Ed. Arraes, 2012b.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 193. Tomo II.

MARIANO JÚNIOR, Alberto Ribeiro. Bloco de constitucionalidade: consequências do seu reconhecimento no sistema constitucional brasileiro. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 14, nº 87, 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9241> Acesso em: 4 jun. 2014.

MARTINS, Ana Maria Guerra. Curso de Direito Constitucional da União Europeia, Coimbra: Ed. Almedina, 2004.

MARTINS, Estevão Rezende. A apreciação de tratados e acordos internacionais pelo Congresso Nacional. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (Ed). **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro**. 2. ed. San José, Costa Rica/Brasília: IIDH, 1996.

MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos e outros textos e escolhidos**. São Paulo: Abril, 1978. (Os Pensadores)

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Internacional Público**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. Análise do direito comprado e nacional. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei 9.868, de 10-11-1999. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MIRANDA, Jorge. **Estudos sobre a Constituição**. Coord. Lisboa: Livraria Petrony, 1977.

MONCADA, L. Cabral. **Clássicos jurídicos, filosofia do direito e do Estado**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2006. v. 2.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luisa Ribeiro Ferreira.

Lisboa: Edições 70, 1986.

PELLOUX, Robert. Le Préambule de La Constitution Du 27 Octobre 1946. Revue Du Droit Public ET Science Politique. Paris: [s.ed.], 1947.

PEREIRA, Luciana Diniz Duraes. **O direito internacional dos refugiados: análise crítica do conceito 'refugiado ambiental'**. 2009. 171f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito

PEREIRA, Luiz Augusto da Cunha. **Normatividade do Preâmbulo da Constituição Federal**. São Paulo: Del Rey, 2006. Disponível em: < http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20080731144547.pdf > Acesso em: 15 jun. 2014.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. **Discurso sobre a dignidade do Homem**. Tradução de Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 1998.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1976.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Hegel**. São Paulo: Loyola, 1996.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Ed. Cortez, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed., rev., ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHLEIERMACHER, Friedrich. **Hermenêutica: arte e técnica da interpretação**. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2009. 102 p. (Coleção Pensamento humano)

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. rev. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Luiz Inácio Lula da. Migrações, o desafio global. **Jornal argentino La Nación**, 14 nov. 2006. Disponível em: < http://www.migrante.org.br/migrante/index.php?option=com_content&view=article&id=183:migracoes-o-desafio-global&catid=88&Itemid=1211 > Acesso em: 14 jun. 2014.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Direitos fundamentais e Direito Comunitário**. Belo

Horizonte, Del Rey, 2000.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do estado**: novos paradigmas em face da globalização. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SÓFOCLES. **Antígona**. Tradução de Donato Schüller. Porto Alegre: L&PM, 2001.

STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade ou como alguém se torna o que quiser**. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SUÍÇA aprova limite à entrada de europeus no país, diz TV. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 9 fev. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2014/02/1409708-suica-aprova-limite-a-entrada-de-europeus-no-pais-diz-tv.shtml>> Acesso em: 14 jun. 2014.

TIGAR, Michael E. **O direito e a ascensão do capitalismo**. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

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

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997)**: as primeiras cinco décadas. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 2000.

WALLERSTEIN, Immanuel. **O Universalismo europeu**. São Paulo: Editora Boitempo, 2007.