

NEOCONSTITUCIONALISMO E TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: UMA APROXIMAÇÃO NECESSÁRIA

NEOCONSTITUCIONALISMO Y TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS: UNA APROXIMACIÓN NECESARIA

Pedro Brandão¹

RESUMO

Pretendemos demonstrar os caminhos possíveis para a utilização dos Tratados Internacionais na efetivação dos Direitos Humanos, tendo em vista a nova dinâmica do Direito Constitucional sob a égide do Neoconstitucionalismo. O papel secundário que a normatividade internacional exerce hoje, tanto no plano normativo quanto no argumentativo/jurisprudencial, é semelhante ao que as normas Constitucionais passaram até o final do século passado em nosso país: meros convites à atuação do Legislativo ou revelação de intenções, sem efetivamente força normativa. Buscamos na jurisprudência algumas manifestações que utilizam Tratados Internacionais, tendo em vista que juízes e tribunais brasileiros, notadamente o STF, ainda se mostram refratários à aplicação desses instrumentos recepcionados pelo Brasil. Mas há indícios de mudanças, e os exemplos que evidenciamos (ainda que incipientes), provocam esperança naqueles que acreditam que a normatividade internacional cumpre um papel essencial na afirmação dos Direitos Humanos em nosso país. O Direito Constitucional que se pretende novo não pode prescindir do mais moderno e dinâmico instrumento de efetivação dos Direitos fundamentais: os Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

PALAVRAS-CHAVE: TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS; NEOCONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA.

RESUMEN

Tenemos la intención de demostrar los caminos posibles para el uso de los Tratados Internacionales en la realización de los Derechos Humanos y en el diálogo necesario entre los sistemas jurídicos en vista de las nuevas dinámicas de la ley constitucional al amparo del Neoconstitucionalismo. El papel secundario que los tratados internacionales desempeñan hoy en día, tanto en la normativa cómo en la jurisprudencia argumentativa, es un proceso similar al que las normas Constitucionales han pasado a finales del siglo veinte en nuestro País: las meras invitaciones a la acción legislativa o cómo revelaciones de intenciones y no con fuerza normativa eficaz. Buscamos en la jurisprudencia algunas manifestaciones que utilizan a los Tratados Internacionales, dado que Jueces y Tribunales brasileños, especialmente lo Supremo

¹ Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito/Universidade Federal de Pernambuco, na linha “Direitos Humanos, Sociedade e Democracia”.

Tribunal Federal, aún se muestran refractarios estos instrumentos aprobado por el Brasil. Sin embargo, hay señales de cambio. Y los ejemplos demuestran que (aunque incipiente) provocan esperanza en los que creen que la normatividad internacional tienen un papel esencial en la afirmación de los Derechos Humanos en nuestro país. El Derecho Constitucional que se pretende nuevo no puede ignorar la herramienta más moderna y dinámica para la aplicación de los Derechos Fundamentales: los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

PALABRAS CLAVE: TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS; NEOCONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA.

1. Introdução

No presente artigo pretendemos fazer um panorama do discurso Neoconstitucionalista no Brasil, mostrando os riscos e as possibilidades da referida teoria dentro da realidade jurídica de nosso país, tendo em vista o alargamento da Jurisdição Constitucional, notadamente, do papel do Supremo Tribunal Federal.

Posteriormente, buscamos avaliar o papel dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos na concretização dos Direitos Fundamentais no Brasil e tentar analisar o déficit da sua utilização pela jurisprudência e doutrina brasileira. Dessa forma, pretendemos mostrar caminhos possíveis para a utilização dos Instrumentos Internacionais na efetivação dos Direitos Humanos e no necessário diálogo entre as ordens jurídicas, tendo em vista a nova dinâmica do Direito Constitucional.

Procuramos, dessa forma, demonstrar que o papel secundário que os Tratados Internacionais exercem hoje, tanto no plano normativo quanto no argumentativo/jurisprudencial, é um processo semelhante a que as normas Constitucionais passaram até o final do século passado em nosso país: meros convites a atuação do legislativo ou como revelações de intenções, e não efetivamente com força normativa.

Por fim, buscamos na jurisprudência algumas manifestações que utilizam os Tratados Internacionais, em prol da efetivação dos Direitos fundamentais, e mostramos a imprescindibilidade do diálogo entre um dos instrumentos mais novos e modernos de implementação dos Direitos Humanos - os Tratados Internacionais de Direitos Humanos - e o Neoconstitucionalismo.

2. Neoconstitucionalismo(s): uma breve análise

Atualmente, um dos temas mais instigantes no cenário jurídico brasileiro é o assim designado Neoconstitucionalismo. Trata-se de um tema que dialoga e repercute em diversas polêmicas do Direito Constitucional: ativismo judicial, judicialização das relações sociais, interferência do Judiciário em temas tradicionalmente reservados ao executivo e ao legislativo, utilização dos princípios e da ponderação na solução de casos envolvendo direitos fundamentais.

Inicialmente, é necessário fazer uma ressalva essencial: não existe um modelo ou um arquétipo definido de Neoconstitucionalismo, são variadas formas de se entender e interpretar o referido movimento. Talvez por isso, seja tão desenvolvido e discutido nos mais diversos sistemas jurídicos ao redor do mundo².

Para Garavito, o Neoconstitucionalismo está imbricado com uma concepção garantista de Direitos Humanos, fruto da articulação dos movimentos sociais e de um setor do campo jurídico – envolvendo Juízes, advogados e militantes dos Direitos Humanos (2011, p. 71/76).

É tanto que Miguel Carbonel, em sua coletânea clássica sobre o tema, define como ‘Neoconstitucionalismo(s)’, tendo em vista as múltiplas possibilidades de construção e constituição desse movimento. De toda forma, para os fins do nosso trabalho, podemos conceituar o Neoconstitucionalismo, no caso brasileiro, como *a ideologia jurídica do ativismo judicial*.

Dessa forma, imbricado com o estudo sobre o neoconstitucionalismo, discutiremos os limites e dificuldades da atuação do Poder Judiciário na efetivação de direitos econômicos, sociais e culturais no Brasil.

Mas não queremos traçar, de forma alguma, um panorama acrítico sobre o neoconstitucionalismo. As inferências do poder judiciário em temas tipicamente legados ao

² Inseridos no rótulo genérico do neoconstitucionalismo podemos afirmar que esse movimento possui diversas correntes, dos quais destacamos: os procedimentalistas, substancialistas, positivistas e não positivistas, defensores do uso do método e seus opositores, liberais e comunitaristas (SARMENTO, 2009, p. 33-49)

poder executivo e ao legislativo, indubitavelmente, podem levar à desvalorização e à desconsideração da arena política em nosso país. Esse certamente não é o nosso propósito.

Mas não podemos deixar de mencionar que a função contramajoritária da Jurisdição Constitucional no Brasil tem se mostrado um avanço para a garantia dos Direitos Fundamentais e para o próprio processo democrático. Vide, por exemplo, as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria de direitos Fundamentais, algumas vezes no exercício típico de sua função contramajoritária: reconhecimento da união homoafetiva³, constitucionalidade da marcha pela legalização da maconha⁴, interrupção da gestação no caso de fetos anencefálicos, mudança de entendimento sobre o mandado de injunção, instalação de CPI em homenagem ao direito subjetivo das minorias parlamentares, vedação ao nepotismo, reconhecimento da inconstitucionalidade de leis, notadamente no âmbito penal, em que direitos fundamentais estão diretamente em jogo⁵.

A função contramajoritária da Jurisdição Constitucional parece ser um dos temas mais instigantes na atualidade. Trata-se de um paradoxo na história do Constitucionalismo, pois enquanto o Constitucionalismo liberal surge para conter o poder do monarca, elitista e soberano, o Constitucionalismo contemporâneo se desenvolve com o objetivo de refrear o poder das majorias, no intuito de proteger direitos fundamentais (STRECK, 2009, p. 17).

³ Lenio Streck, de forma muito coerente, se opôs a decisão do STF em relação à União homoafetiva, não porque seja contrário ao tema em discutido, mas porque tal assunto deveria ser resolvido na arena política e não no âmbito jurídico, pois *'isso não é matéria para jurisdição. Isso é o espaço para discussão do Legislador'*. Embora não concordemos com tal posicionamento, como demonstraremos adiante, não podemos deixar de reconhecer a sua coerência, tendo em vista que, segundo o autor, o neoconstitucionalismo não autoriza nenhum tipo ativismo judicial. Entrevista disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/vidae,para-procurador-dors-constituicao-so-reconhece-uniao-entre-homem-e-mulher,715310,0.htm>. Segundo o autor "Procurarei mostrar que as acusações de que defendo 'ativismos judiciais' são absolutamente despropositadas, até porque, trabalhando de há muito com os pressupostos da hermenêutica filosófica, jamais incentivaria a discricionariedade ou decisionismos, pela simples razão de que a hermenêutica á avessa a qualquer forma de relativismo." (STRECK, 2009, p 16)

⁴ Esse, entretanto, é um caso peculiar. Em diversos estados do nosso país a marcha da maconha foi proibida pela justiça, ou seja, a própria Jurisdição Constitucional atuou no sentido de violar o Direito Constitucional à liberdade de expressão e de reunião. Esse é apenas um exemplo de como o Judiciário pode atuar no sentido de sufocar as liberdades garantidas na Constituição, além de ser uma clara demonstração de imaturidade democrática de certa parcela do nosso Poder Judiciário. No mais, trata-se de um exemplo evidente de como a Constituição foi interpretada de acordo com o código civil, e não contrário, sem observância da necessária filtragem constitucional, em que a ordem jurídica deve ser lida a partir da Constituição Federal. Todavia, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (nº 187), com eficácia vinculante e *erga omnes*, decidiu que a marcha da maconha estava protegida pelos princípios reitores da Constituição.

⁵ No sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal há interessante estatística relacionada ao número de ações, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, e a quantidade de decisões julgadas precedentes, improcedentes ou procedentes em parte. Observa-se como a Jurisdição Constitucional vem se 'agigantando' no campo da invalidação das leis produzidas pelo poder legislativo. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>

Dessa forma, deixamos claro que Direitos Fundamentais independem do processo político majoritário e podem ser concretizados no âmbito da Jurisdição Constitucional, pois Segundo Gustavo Binenbojm, “*Os Direitos Fundamentais são, portanto, uma exigência democrática antes que uma limitação à democracia*” (2007, p. 92).

Obviamente, essa afirmação não autoriza toda e qualquer intervenção do judiciário na vida pública, pois, potencializar esse caráter contramajoritário pode gerar efeitos predatórios em relação ao processo democrático. De toda forma, são comuns os tensionamentos entre a Jurisdição Constitucional e a Democracia majoritária, ou entre o Parlamento e os Tribunais/Cortes Constitucionais⁶.

2.1. Marco histórico e filosófico

Feita essa breve ressalva, buscamos demonstrar as principais características do Neoconstitucionalismo, traçando seu percurso histórico, filosófico e teórico, em itinerário percorrido por Luis Roberto Barroso (2007), em texto clássico no Brasil sobre o tema, que animou um intenso debate entre os seus simpatizantes e críticos.

O primeiro marco é o histórico, em que houve a reconstitucionalização da Europa continental, após processos históricos traumáticos de regimes autoritários, que marcaram países como a Itália (1947), Alemanha (1949), Portugal (1976) e Espanha (1978). Nos países em desenvolvimento, esse fenômeno foi reproduzido na Argentina, Colômbia, México, África do Sul e Índia. No caso brasileiro, temos o fim da ditadura militar e o processo de redemocratização, que culminou com a Constituição brasileira de 1988, de cunho democrático e popular (BARROSO, 2007, p. 131-132; SARMENTO, 2009, p. 34).

⁶ Como exemplo desses tensionamentos, podemos citar a PEC 33/2011, que submete as decisões do Supremo Tribunal Federal ao crivo do Parlamento, como se observa nas notícias veiculadas pela imprensa, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-jun-22/pec-preve-submissao-decisoes-supremo-crivo-congresso>. Nesse mesmo sentido, destacamos que deputados e senadores já se articulam para tentar ‘sustar’, via decreto legislativo, a decisão do STF em relação as Uniões homoafetivas, como mostra o site da câmara dos deputados, disponível em: <http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/DIREITOS-HUMANOS/198058-PARLAMENTARES-PEDEM-AGILIDADE-PARA-PROJETO-CONTRA-UNIAO-HOMOAFETIVA.html>. Ainda que seja um exemplo interessante para demonstrar a tensão Parlamento x Jurisdição Constitucional, por obvio, tal projeto de decreto legislativo é totalmente inconstitucional. O congresso nacional não pode rever decisões do Supremo que reafirmem cláusulas pétreas do nosso sistema.

Todas essas Constituições têm como característica comum o amplo rol de direitos e garantias fundamentais, simbolizando a transição de regimes autoritários para regimes democráticos e de forte conteúdo axiológico, penetrando em temas que antes eram estranhos à Constituição, além do fortalecimento da Jurisdição Constitucional, colocando o Poder Judiciário como interprete último das normas Constitucionais (BARROSO, 2007; SARMENTO, 2009).

O segundo marco é o filosófico, em que o pós-positivismo se arvora como uma verdadeira confluência entre o positivismo e o jusnaturalismo, correntes históricas e tradicionais do pensamento jurídico. Como confluência desses pensamentos, surge o pós-positivismo que rearticula o diálogo entre a moral, o direito e a política, atribuindo normatividade aos princípios e buscando uma leitura moral do Direito⁷ (BARROSO, 2007, p. 132-133).

Embora não destinada ao neoconstitucionalismo, mas à ascensão do poder judiciário e do papel dos juízes na democracia, uma das maiores críticas da aproximação entre a moral e Direito é a da professora alemã Ingeborg Maus, que entende “quando a justiça ascende ele própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social” (MAUS, 2000, p. 187).

A professora articula uma complexa rede de críticas à ascensão da Jurisdição Constitucional, notadamente ao Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, em defesa da soberania popular. Critica os espaços da liberdade definidos pelo judiciário e a utilização de argumentos morais com o poder de imunizar suas decisões e afirma que “como demonstrado de modo eloqüente pelo nazismo, o terror político aberto encontra no direito formal um obstáculo” (MAUS, 2000, p. 199).

Ao contrário do colocado por Luis Roberto Barroso e diversos autores neoconstitucionalistas, Maus defende que o regime nazista beneficiou-se da aproximação da

⁷ Não podemos deixar de reconhecer que são muitos os riscos relacionados a interligação entre a moral e o Direito, com intenso debate doutrinário sobre o tema. Nesse sentido Daniel Sarmiento: “Aqui, entendo que o simples reconhecimento da penetração da Moral no Direito, preconizada pelos neoconstitucionalistas brasileiros, não é suficiente, já que certas concepções morais podem tornar o ordenamento ainda mais opressivo do que já é. Afinal, nem sempre a moralização do Direito se dá na direção da emancipação dos excluídos. Veja-se, por exemplo, a famosa polêmica jusfilosófica entre Lord Patrick Devlin e Herbert Hart nos anos 60 na Inglaterra, a propósito do uso do Direito Penal para promoção de Moral, em que o primeiro, a partir de uma posição “pró-moral” sustentava a legitimidade da criminalização da conduta homossexual, que o segundo contestava” (SARMENTO, 2009, p. 68)

moral com o Direito⁸, pois o antiformalismo e o antipositivismo faziam parte da doutrina nazista, e passagens como “o juiz-rei do povo de Adolf Hitler deve libertar-se da escravidão da literalidade do direito positivo” ou “O juiz é a corporificação da consciência viva nacional” (2000, p. 197), podem confirmar tal premissa.

Dessa forma, concluímos que não foi a estrita legalidade ou equiparação da lei à justiça o propulsor jurídico do nazismo. Pelo contrário, o distanciamento do positivismo parece ter sido a ideologia jurídica do nazismo.

De todo modo, a crítica de Ingeborg Maus está muito centrada na expansão do poder estatal (e não só judicial) perante os cidadãos e a vida privada. No nosso entendimento, porém, tal fato não é necessariamente negativo em sociedades periféricas como o Brasil, em que o Estado ainda não cumpriu as promessas da modernidade e está distante da realização dos direitos sociais. Nesse Marcelo Neves, embora referindo-se a outro contexto:

Como muito bem afirmou Marcelo Neves, o nosso problema não é de juridificação, mas de desjuridificação da realidade constitucional. Aqui, a desconstitucionalização, favorecem a manutenção dos privilégios e desigualdades. A desjuridificação, no Brasil, não ampliaria o espaço de cidadania, pois, enquanto a Constituição não é concretizada, segundo Marcelo Neves, não há nem um espaço da cidadania. (NEVES apud BERCOVICI, 2004, p. 18).

Portanto, no Brasil ainda precisamos garantir que o Estado cumpra os Direitos e garantias inseridos na Constituição, embora essa tarefa ainda não seja somente (nem principalmente) do poder judiciário.

2.2. Marco Teórico

Partindo para o plano teórico, a força normativa da Constituição ganha destaque, pois, se em determinada quadra histórica a Constituição não ocupava o centro do sistema jurídico, e ainda era relegada a um conjunto de normas sem efetividade, esse panorama

⁸ É importante ressaltar que nadada indica que a ideologia jurídica dos regimes fascista e nazista tenha sido o positivismo. Sobre o tema, Daniel Sarmiento afirma: “No que tange ao segundo ponto – a chamada *reductio ad hitlerum* – os estudos mais autorizados de História do Direito comprovam que não foi o positivismo a teoria jurídica dominante no nazismo, mas uma espécie de jusnaturalismo de inspiração hegeliana, que se insurgia contra o formalismo e recorria com frequência a conceitos muito vagos para justificar a barbárie como os de ‘comunidade popular’ (Volksgemeinschaft)” (SARMENTO, 2009, p. 60).

mudou nos moldes do novo Constitucionalismo. No Brasil, a efetividade da Constituição ganhou forma a partir da Constituição de 1988, embora devamos reconhecer que ainda é um projeto inacabado.

Depois do processo de reconstitucionalização, outra forte característica, dentro do marco teórico do neoconstitucionalismo, é o alargamento da Jurisdição Constitucional, muito influenciado pela experiência norte-americana, cujo modelo foi adotado pelos tribunais constitucionais de diversos países, superando a concepção de supremacia do parlamento e da cultura do predominantemente legiscêntrica, reinante na maioria dos países ocidentais.

Todavia, enquanto a Constituição norte-americana é sintética e prevê poucos direitos individuais, as europeias e as latino-americanas asseguram um amplo rol de direitos fundamentais, com alta carga axiológica, por meio dos princípios, o que potencializa a atuação da Jurisdição Constitucional (SARMENTO, 2009, p. 34-36; BARROSO, 2007, p. 134-136).

Nesse aspecto, Dimitri Dimoulis faz críticas contundentes ao neoconstitucionalismo. Segundo o autor, embora a Constituição seja sempre decorrência de um projeto político, desde o Constitucionalismo do século XVIII, a Constituição foi um documento essencialmente jurídico e com força normativa, pois, do contrário, seria apenas mais uma simples lei.

Dessa forma, é errônea a afirmação de que a Constituição era um documento fundamentalmente político e ganhou força jurídica após a Segunda Guerra Mundial, pois o poder judiciário sempre teve um papel ativo na defesa da Constituição, a exemplo dos Estados Unidos, que, tal qual países como a Noruega, a Grécia e a Suíça, já instituíam um controle judicial de constitucionalidade das leis (DIMOULIS, 2008, p. 3-8).

Outro ponto de destaque na crítica feita por Dimitri Dimoulis é que o Estado Constitucional não pode ser classificado pela defesa última da Constituição pelo poder Judiciário:

Porque o Judiciário seria uma espécie de “verdadeiro espírito” da Constituição, a ponto de ser tido como único guardião da autenticidade constitucional e não simplesmente um entre os vários aplicadores da Constituição? A contraposição entre Estado legal e Estado constitucional faz sentido quando se usa como critério a rigidez constitucional, sendo “constitucionais” os Estados nos quais vigora uma Constituição formalmente superior às demais normas. Mas essa contraposição não convence quando é utilizado como critério de classificação o controle judicial de constitucionalidade. Nesse último caso, temos simplesmente um mito veiculado com o propósito de conferir legitimidade ao ativismo constitucional do Poder Judiciário

(e, em particular, da Corte constitucional), apresentando esse ativismo como sinônimo da tutela da Constituição. (DIMOULIS, 2008, p. 8)

Particularmente, embora mereça acolhida a ressalva do professor em relação às peculiaridades relacionadas ao controle de constitucionalidade anteriores a Segunda Guerra, parece inequívoco que no pós-guerra as Constituições ganharam maior centralidade nos ordenamentos jurídicos em diversos países, visto a combinação de sua forma analítica, com modelos articulados de Jurisdição Constitucional e amplo rol de Direitos Fundamentais.

Portanto, discutir se houve ou não um processo de ruptura que justificasse a denominação “neoconstitucionalismo” não parece um debate que se deva gastar tanta energia. O importante é reconhecer o evidente alargamento da Jurisdição Constitucional depois da Segunda Guerra Mundial, característica evidente na história do Constitucionalismo⁹.

Por fim, e talvez o ponto mais polêmico referente ao Neoconstitucionalismo, seja a chamada “Nova Interpretação Constitucional” com foco nas teorias da argumentação, na utilização dos princípios e na técnica da ponderação como solução para os casos envolvendo colisão de Direitos Fundamentais. Todavia, não há o abandono da hermenêutica tradicional, de maneira que as regras e a subsunção ainda cumprem um papel importante dentro do ordenamento jurídico, na perspectiva neoconstitucional.

Em relação ao abuso na utilização dos princípios e da ponderação na doutrina neoconstitucional, um dos maiores críticos desse movimento no Brasil, o Professor Humberto Ávila, entende que a Constituição brasileira é marcadamente regida por regras e não por princípios, por isso, devem estas prevalecer sobre os princípios e ser priorizadas nas soluções jurídicas, tendo em vista sua função de estabilidade e previsibilidade dentro do ordenamento jurídico. Dessa forma, a utilização da ponderação e dos princípios abre margem para o abuso e a arbitrariedade judicial (ÁVILA, 2009).

E, referindo-se ao neoconstitucionalismo, proclama o autor:

⁹ Na opinião de Dimitri Dimoulis: “Certamente, o controle judicial da constitucionalidade conheceu expansão qualitativa e adquiriu popularidade após a Segunda Guerra Mundial. Mas essa mudança quantitativa não permite alegar que a força jurídico–normativa da Constituição só foi reconhecida a partir da Segunda Guerra Mundial” (DIMOULIS, 2008, p. 7)

Nada absolutamente nada é mais premente do que rever a aplicação desse movimento que se convencionou chamar de ‘neoconstitucionalismo’ no Brasil. Se verdadeiras as conclusões no sentido de que os seus fundamentos não encontram referibilidade no ordenamento jurídico brasileiro, defendê-lo, direta ou indiretamente, é cair no invencível contradição performática: é defender a primazia da Constituição, violando-a. O ‘neoconstitucionalismo’, baseada nas mudanças antes mencionadas, aplicada no Brasil, está mais para o que se poderia denominar, provocativamente, de uma espécie enrustida ‘não-constitucionalismo’: um movimento ou uma ideologia que barulhentemente proclama a supervalorização da Constituição enquanto silenciosamente promove a sua desvalorização. (ÁVILA, 2009, p. 19)

Todavia, parece haver um hiato entre o ponto central da crítica proclamada pelo Prof. Ávila, qual seja, a prevalência das regras sobre os princípios, e a efetiva defesa dos autores nacionais dessa posição. Não encontramos nenhum doutrinador brasileiro que efetivamente defenda esse posicionamento¹⁰.

Entendemos que o que se buscou no neoconstitucionalista foi fortalecer a força normativa dos Princípios no Direito brasileiro, nos marcos da reaproximação da moral com o Direito, fundamento essencial do pós-positivismo, tendo em vista que historicamente os princípios estavam totalmente relegados ao simbolismo e à ausência de vinculação normativa.

Isso não significa, entretanto, afirmar que as regras não têm lugar no neoconstitucionalismo ou que prevalecem sobre os princípios. Essa defesa, portanto, está legitimada por um contexto histórico que negligenciou os princípios na prática jurídica brasileira.

É verdade, “não há como saber de antemão se a Corte constitucional será mais o menos liberal e sensível aos direitos fundamentais do que os tribunais das instâncias inferiores ou o próprio legislador” segundo afirma Dimitri Dimoulis (2008, p. 9). É tanto que Boaventura de Souza Santos articula o termo “ativismo jurídico conservador”, que seria “a neutralização no campo jurídico das conquistas efetuadas no campo político/legislativo” (SANTOS, 2010)¹¹.

Por isso, a análise sobre a Jurisdição Constitucional não prescinde da análise política, pois Direito e Política estão em permanente comunicação. Talvez isso também seja mais propício no Neoconstitucionalismo, pois este pretende estabelecer uma relação mais sincera entre política e

¹⁰ Em palestra, Luis Roberto Barroso se posiciona em relação as críticas de Humberto Ávila em: www.lrbarroso.com.br/pt/videos/t.1.html

¹¹ Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-dez-04/contrarrevolucao-juridica-ativismo-judiciario-conservador>.

Direito. Não que isso venha ocorrendo na prática judicial brasileira ou mesmo doutrinariamente. O que se quer dizer, unicamente, é que o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo inauguram um novo horizonte de possibilidades para que isso ocorra.

Dessa forma, o neoconstitucionalismo não passa imune a críticas. Pelo contrário, é crescente o número de críticos dessa corrente. O Supremo é o interprete último da Constituição, mas certamente não é o único. Reascender o debate sobre o papel do poder legislativo e executivo na concretização dos princípios constitucionais parece uma emergência na vida política brasileira, e o próprio Luis Roberto Barroso, reconhece que “Não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem congresso atuante e investido de credibilidade” (2010b, p. 8)¹².

Observamos que o autor, após o apogeu do Neoconstitucionalismo no Brasil, tem se preocupado em destacar o papel de outros poderes na realização da Constituição em trabalhos mais recentes. Isso não é necessariamente uma contradição, é sinal dos tempos. Na primeira fase do Novo Constitucionalismo, ainda havia uma necessidade de afirmação do poder judiciário e da força normativa da Constituição.

Passada essa fase, entendemos que talvez seja mais propício investir em um debate mais amplo sobre a realização da Constituição por outros poderes. Portanto, tal mudança na postura do autor tem-se legitimado pelo aumento exponencial da atividade judicial na vida pública brasileira nos últimos anos.

Obviamente, por uma limitação natural de tempo/espaço, não buscamos esgotar o debate sobre o Neoconstitucionalismo, apenas pincelamos os pontos mais importantes e comuns entre as diferentes vertentes da teoria neoconstitucional no Brasil.

Traçado esse breve panorama, pretende-se seguir adiante fazendo a inter-relação entre Tratados Internacionais de Direitos Humanos e o Neoconstitucionalismo.

¹² Em outra passagem afirma ‘Uma nota final: o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes’ (BARROSO, 2010b, p. 15).

3. A efetividade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos: *porque não para valer*¹³?

O maior déficit do Neoconstitucionalismo é que o referido tema ainda está muito centrado na legislação interna, sem oferecer a devida atenção aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

O nosso esforço nesse tópico é demonstrar como a nova dinâmica do Direito Constitucional, no intenso processo de diálogo com outras ordens jurídicas, apresenta novas possibilidades de efetivação dos Direitos Fundamentais através dos Tratados Internacionais.

Assim como em determinada quadra histórica aconteceu com a Constituição, pode-se dizer que os Tratados internacionais estão, não só no plano normativo, mas principalmente no plano argumentativo, secundarizados dentro do processo decisório e no campo doutrinário constitucional. O fato é que os Tratados Internacionais ainda não ocupam lugar de destaque na normatividade interna.

Por outro lado, é notável a atuação da doutrina internacionalista no processo de afirmação e desenvolvimento dos estudos dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Todavia, há uma ausência de diálogo desses autores com os instrumentos da Jurisdição Constitucional¹⁴.

A Doutrina Constitucionalista começa a acompanhar, por diversas perspectivas, esse fenômeno, que se desenvolve gradualmente, oferecendo novas respostas a problemas atuais, seja através do *Transconstitucionalismo* (NEVES, 2009), do *Estado Constitucional Cooperativo* (HÄBERLE, 2007) ou da *Teoria Intercultural da Constituição* (GALINDO, 2006). Tendo em vista a insuficiência das teorias jurídicas tradicionais, tais obras oferecem uma densa bagagem teórica para o estudo das recentes mudanças no Direito Constitucional e sua relação com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

¹³ Trata-se de uma alusão a um artigo Luis Roberto Barroso que em meados dos anos 80 buscou iniciar o debate sobre a efetividade da Constituição, em uma obra embrionária sobre o neoconstitucionalismo no Brasil, intitulada: 'A efetividade das normas constitucionais: por que não uma Constituição para valer?'. In: Anais do Congresso Nacional de Procuradores de Estado, 1986

¹⁴ Por exemplo, PIOVESAN (2010), TRINDADE (2003), MAZZUOLI (2009).

No presente tópico, não buscamos estudar o papel dos Sistemas Regionais de Direitos Humanos, suas decisões e a repercussão dentro do ordenamento jurídico nacional, embora seja um tema relevante diante das transformações do Direito Constitucional. O nosso recorte epistemológico visa analisar os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, sua relação com a jurisprudência brasileira e o Neoconstitucionalismo.

O Direito Constitucional vem sofrendo transformações profundas diante das recentes alterações do cenário mundial e das novas possibilidades de pensar, agir e efetivar os Direitos Humanos. Nesse sentido, busca-se novos meios de diálogo entre a Jurisdição Constitucional e os atores globais, para construção de formas mais eficazes de implementação e proteção dos Direitos Fundamentais.

Nesse contexto de transformações no Direito Constitucional contemporâneo e da insuficiência das teorias tradicionais para explicar os seus novos fenômenos, busca-se estudar os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e suas repercussões no ordenamento jurídico brasileiro, tanto no plano normativo quanto no plano argumentativo, para superação do “Constitucionalismo provinciano ou paroquial” na expressão de Marcelo Neves (2010, p 297) que ainda marca o cenário jurídico brasileiro.

Portanto, partindo da análise sobre essa mudança na forma de pensar o Direito, do “Estado soberano para o Estado Constitucional Cooperativo” (HÄBERLE, 2010) procura-se estabelecer novos parâmetros e possibilidades para a defesa dos Direitos Fundamentais, demonstrando que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos deveriam ter papel essencial dentro do ordenamento jurídico interno, pois funcionam como verdadeiras pontes entre as diversas racionalidades jurídicas.

Não pretendemos aqui retornar ao debate sobre a hierarquia normativa dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Apenas deixamos assentado que defendemos a hierarquia Constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, independente da aprovação pelo quorum qualificada estabelecido no art. 5º, § 3ª, da Constituição Federal, pois o art. 5º § 2º da Carta Magna já impõe o status de norma constitucional aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, como será analisado adiante.

Todavia, a análise acerca da posição hierárquica dos tratados internacionais é apenas o ponto de partida para a pesquisa sobre esses diplomas, ou seja, não é um fim em si mesmo, mas o início do estudo sobre a normatividade internacional e sua repercussão na jurisdição

doméstica, pois o essencial é avaliar esses novos instrumentos e sua repercussão na concretização dos Direitos Fundamentais, em constante diálogo com a Jurisdição Constitucional.

Nesse sentido, destaca-se a observação de George Marmelstein:

Na verdade, se é certo que os tratados de direitos humanos são pouco manejados na prática, isso se deve principalmente ao fato de os operadores do direito não conhecerem seu conteúdo. No ensino acadêmico, os tratados internacionais de direitos humanos são relegados a um segundo plano. São poucos os advogados e juízes que invocam os tratados internacionais para fundamentar determinado ponto de vista, a não ser o tão citado caso da prisão civil do depositário infiel, onde o Pacto de San José da Costa Rica é sempre mencionado, por prestigiar a liberdade de modo mais abrangente do que a constituição. Certamente, se os juristas passassem a conhecer mais o conteúdo dos tratados, em vez de ficarem discutindo apenas a sua força normativa, ou então conhecessem mais a fundo a jurisprudência da Cortes Internacionais, certamente os direitos humanos poderiam se transformar em uma ferramenta argumentativa importante”. (MARMELSTEIN, 2008, p. 205/206)

É isso que nos interessa no presente artigo, pois como pontuou Lenio Streck referindo-se à Constituição “sair dos livros e das teses da academia para o mundo vivido, trazendo esse tensionamento para o âmbito do judiciário: é este o desafio e dilema” (2000, p. 114). A passagem do autor ilustra muito bem o nosso propósito, só que no lugar da Constituição, queremos acalorar e fortificar esse debate com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

4. Utilização dos Tratados Internacionais na prática judiciária brasileira

Os juízes e tribunais brasileiros, notadamente o Supremo Tribunal Federal, ainda se mostram refratários em relação ao diálogo com outras culturas constitucionais e quanto à aplicação dos inúmeros instrumentos internacionais de Direitos Humanos recepcionados pelo Brasil. Nesse tópico, busca-se analisar algumas manifestações da prática judiciária de nosso país que mostram tentativas de estabelecer um maior diálogo entre as racionalidades jurídicas da constelação internacional, tendo por base a utilização dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

O exemplo mais conhecido e lugar-comum do debate sobre a utilização dos Tratados Internacionais é o caso do depositário infiel. No Brasil, o debate sobre a hierarquia normativa dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos foi materializado pelo conflito existente entre o art. 7º, do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹⁵) e a possibilidade, na legislação brasileira, da prisão civil do depositário infiel, contida no artigo 5º, inciso LXVII da Constituição Federal.

O texto constitucional tem como regra a impossibilidade da prisão civil por dívida. Todavia, há duas ressalvas: o devedor de pensão alimentícia e o depositário infiel.

Enquanto a Constituição Federal autoriza, o referido Pacto veda qualquer tipo de prisão civil, excetuando a do devedor de alimentos. Sendo assim, observa-se que a Constituição Federal PERMITE a prisão, mas não a IMPÕE. Todavia, a legislação infraconstitucional que regulamenta o inciso LXVII do art. 5º, da Carta Magna disciplina a prisão civil do depositário infiel¹⁶.

Dessa forma, não é correto afirmar que se trata de um conflito entre a Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica. Na verdade, estabelece-se o conflito entre a regulamentação via legislação ordinária da previsão Constitucional disposta no art. 5º, da CF e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

O Pacto é mais favorável aos direitos humanos, pois prestigia o direito a liberdade em detrimento à coerção física do corpo para o cumprimento de obrigações de cunho nitidamente patrimonial. A tendência contemporânea, portanto, é a abolição desse instrumento de coerção processual, resquício de uma prática já extinta na Roma republicana.

Não se pode permitir que a liberdade ainda seja utilizada como instrumento de coerção para o cumprimento de obrigações econômicas. Sabe-se que as legislações mais

¹⁵ O referido pacto foi assinado em 22 de novembro de 1969, na cidade de San José, na Costa Rica, e incorporado pelo nosso sistema jurídico pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Trata-se do instrumento de maior importância no sistema interamericano. O documento é composto por 82 artigos, incluindo as disposições transitórias, que estabelecem os direitos fundamentais da pessoa humana. A Convenção Americana estabelece um aparato de monitoramento e implementação dos direitos que anuncia, integrado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana. (PIOVESAN, 2010, p. 255/258). George Marmelstein entende que o Pacto de San José é, algumas vezes, mais abrangente e detalhado em relação à proteção aos direitos fundamentais do que a Constituição Federal brasileira. Cita, por exemplo, a proteção da vida desde a concepção; o reconhecimento de forma expressa o direito do acusado contra auto-incriminação; prevê o direito ao nome e a nacionalidade de forma expressa. (MARMELSTEIN, 2008, p. 205)

¹⁶ Regulamentado pela Lei nº 8.866/94 e pelo Decreto Lei nº 911/69 (em relação à alienação fiduciária) produzido na ditadura militar, durante o Ato institucional nº 5.

avançadas do mundo proíbem expressamente qualquer tipo de prisão decorrente do descumprimento de obrigações contratuais. (MARMELSTEIN, 2008, p. 205).

A partir desse entendimento, o Supremo Tribunal Federal, tendo por base o artigo 5º, §2º, da Constituição Federal, decidiu que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos tinham status supralegal e infraconstitucional, ou seja, estavam abaixo da Constituição e acima da lei. Dessa forma, a prisão do depositário infiel foi considerada ilícita no Brasil, tendo em vista a proteção da liberdade e da dignidade da pessoa humana por um Tratado Internacional de Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica¹⁷.

Esse é o exemplo mais rotundo de utilização dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos na prática judiciária brasileira. Mas temos outros.

Na ADIN nº 4.306, em que a Confederação Nacional de Comércio de Bens, Serviços e Turismo argüiu a inconstitucionalidade da Lei nº 5.517/2001, do Estado do Rio de Janeiro, que veda o consumo de cigarros e derivados em ambientes fechados, a Procuradoria Geral da República opinou pela manutenção da referida lei com base na Convenção Quadro para controle do Tabaco¹⁸.

O Parecer foi além da mera opinião sobre a constitucionalidade da lei. Afirmou que a possibilidade manejada pela referida norma de estabelecer “fumódromos” colide com o referido tratado internacional e, por isso, concluiu que:

Em matéria de Direitos Humanos é inconcebível o privilégio de lei nacional em detrimento de diretrizes para o combate eficaz à exposição à fumaça do tabaco previstas em tratados internacionais e incorporados e com ela conflitantes. Conversão do Estado Constitucional soberano em Estado Constitucional Cooperativo[...].

Discorreremos agora sobre o único Tratado Internacional aprovado pelo procedimento especial.

¹⁷ De acordo com o site do STF, em 2008 o Supremo Tribunal Federal concedeu 27 *habeas corpus* por inconstitucionalidade da prisão civil para depositário infiel. Em 2009, segundo dados atualizados até 31 de outubro de 2009, foram concedidos 36 *habeas corpus*, todos com base no Pacto de San José da Costa Rica. Tal decisão materializou a Súmula vinculante nº 25 do Supremo Tribunal Federal: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”

¹⁸ Adotada pelos países membros da Organização Mundial de Saúde em 21 de maio de 2003 e assinada pelo Brasil em 16 de junho de 2003.

Para dirimir a divergência em relação ao status normativo dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, foi inserido pela Emenda Constitucional nº 45/04, o § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal.

Dessa forma, ficou estabelecido que os Instrumentos Internacionais detêm, na ordem jurídica brasileira, indubitavelmente, força de norma constitucional, desde que seja aprovado pelo referido procedimento especial. Observa-se que o primeiro e único Tratado Internacional aprovado mediante quorum qualificado e equivalente à emenda constitucional, foi a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo¹⁹.

Saliente-se que a atribuição de *status* de norma constitucional ao referido Tratado Internacional é pacífico, visto que foi recepcionado pelo art. 5º § 3º da Constituição Federal, razão pela qual não há divergências jurídicas sobre a normatividade Constitucional do citado dispositivo, diferentemente das diversas posições existentes na doutrina e na jurisprudência pátria em relação aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos recepcionados pelo artigo 5º § 2º da Constituição Federal²⁰.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 2.649/DF, proposta pela ABRATI, sob a relatoria da Ministra Carmem Lúcia, em que a petionária arguia a inconstitucionalidade da Lei Federal nº 8.899/1994, instituidora do passe livre às pessoas portadoras de deficiência, sob o argumento de que estavam sendo violados os princípios que regem a livre iniciativa.

O Supremo Tribunal Federal utilizou como reforço argumentativo e normativo um Tratado Internacional que protege as pessoas com deficiências, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, para defender a constitucionalidade

¹⁹ Assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007, tendo o governo brasileiro depositado o instrumento de ratificação dos referidos atos junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas em 1º de agosto de 2008; e publicado no Diário Oficial da União (DOU) em de 25.8.2009, data de sua entrada em vigor.

²⁰ Demonstrando o déficit do neoconstitucionalismo enquanto corrente teórica, em relação aos tratados internacionais Luis Roberto Barroso afirma que: “Nos últimos anos, no Brasil, teve lugar uma interessante discussão acerca da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos à ordem interna, com *status* constitucional, com base no que dispõe o art. 5º § 2º, da Constituição Federal. [...] A matéria, todavia, foi superada pela aprovação da Emenda Constitucional n.45, de 8.12.2004, que deu ao §3 do art. 5º a seguinte redação” [...] (BARROSO, 2010a, p. 116). Nada mais equivocados. Na verdade, persistem as divergências quanto aos tratados internacionais anteriores a referida Emenda Constitucional e em relação aqueles que, eventualmente, não sejam aprovados pelo *quorum* qualificado do artigo 5º § 3, inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

de Lei Federal que impunha a obrigatoriedade de concessão gratuita de passagens para pessoas portadoras de deficiência.

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº160, dirigida contra a Portaria 661/2008, que suspende a obrigatoriedade de adaptação e veiculação do recurso de acessibilidade por meio da autodescrição nos serviços televisivos, arguida pelo Conselho Nacional dos Centros de Vida e Federação Brasileira das Associações de Síndrome de Down, observa-se o Parecer nº 2.829, da Procuradoria Geral da República, em que se reconhece o descumprimento de vários preceitos fundamentais, contidos na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo²¹.

Outro exemplo que merece ser ressaltado, esse no plano legislativo e não jurisprudencial, é o que diz respeito à Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

Dentre outros motivos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (denominada “Convenção de Belém do Pará”) foram imprescindíveis para a aprovação da referida lei protetiva dos Direitos fundamentais das mulheres²².

O último exemplo que vamos apresentar trata-se de um caso paradigmático na utilização dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Brasil, pois é a primeira vez que se utiliza um instrumento internacional como paradigma do controle concentrado de constitucionalidade, gerando efeito *erga omnes* e vinculante para o poder judiciário e a administração pública.

A Procuradoria Geral da República ingressou com Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 182, no Supremo Tribunal Federal, pretendendo a impugnação do art. 20, §2º, da Lei nº 8.743/92, bem como todas as normas administrativas

²¹ De acordo com o site do Supremo Tribunal Federal, após da manifestação da PGR, a ação encontra-se pendente de julgamento.

²² Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Art. 7 da referida Convenção: Os Estados-partes condenam toda as formas de violência contra a mulher e concordam em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas orientadas e prevenir, punir e erradicar a dita violência e empenhar-se em: [...] 2. atuar com a devida diligência para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher; [...] 3. incluir em sua legislação interna normas penais, civis e administrativas, assim como as de outra natureza que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher e adotar as medidas administrativas apropriadas que venham ao caso[...]

que o regulamentam; e a declaração da imediata aplicabilidade do conceito de pessoa portadora de deficiência, inscrito no art. 1º, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência²³.

O direito brasileiro, tanto na doutrina previdenciária, quanto na manifestação dos juízes e tribunais, utiliza a conceituação de pessoa portadora de deficiência fixada no art. 20, §2º, da Lei 8.742, de 7 de dezembro de 1993 – Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS)²⁴.

Todavia, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, com status de norma constitucional, prevê uma nova conceituação de pessoa portadora de deficiência²⁵, em consonância com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, resultado do debate da comunidade internacional em torno do assunto, o que gerou uma definição mais ampla, contemporânea e condizente com o atual estágio de evolução da sociedade.

Do confronto entre um Tratado Internacional de Direito Humanos, devidamente recepcionado nos moldes do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, com hierarquia de norma constitucional, e uma lei ordinária, tem-se, indubitavelmente, a prevalência da conceituação proposta pelo referido instrumento internacional. Do contrário, ter-se-ia a afronta ao *status* constitucional dos Tratados Internacionais e à própria força normativa da Constituição.

Embora o Supremo Tribunal Federal ainda não tenha se manifestado sobre tal questão, nada obsta a que os tribunais e juízes brasileiros, utilizando-se do “controle difuso de convencionalidade”, adotem tal posicionamento, razão pela qual se entende que tal conceituação deva ser adotada pelo judiciário brasileiro desde já, visto a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

Na verdade, a adoção do conceito de pessoa portadora de deficiência proposto na lei gera, como consequência prática, a denegação de benefícios de prestação continuada a um

²³ As informações sobre a ADPF nº 182 foram retiradas, em grande medida, da inicial proposta pela PGR, disponível no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

²⁴ “Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.(...)§ 2º. Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho. (sem grifos no original)

²⁵ Veja-se, por sua vez, a conceituação proposta pelo art. 1º da referida Convenção: “Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.” (sem grifos no original)

número significativo de pessoas que têm deficiência e vivem em condições de absoluta penúria, comprometendo as condições materiais básicas para a sua subsistência.

A ADPF acima descrita encaixa-se perfeitamente ao que o Prof. Valério Mazzuoli denomina de Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis, aqui entendido como meio judicial de declaração de invalidade de lei incompatível com Tratados Internacionais de Direitos Humanos (MAZZUOLI, 2009). É um dos exemplos de como as recentes transformações do Direito Constitucional, tratadas anteriormente, reverbera em seus institutos clássicos, como o Controle de Constitucionalidade.

Os casos mostrados acima (ainda que incipientes) provocam esperança naqueles que acreditam que os Tratados Internacionais cumprem um papel essencial na afirmação dos Direitos Humanos em nosso país.

Por tudo isso, o neoconstitucionalismo, enquanto movimento doutrinário com forte influência jurisprudencial, não pode negligenciar o papel transformador desses instrumentos para a Jurisdição Constitucional brasileira, pois, nas palavras de Garavito, é patente “la inadecuación del marco dominante em el neoconstitucionalismo (y en el pensamiento jurídico regional em general) y la necesidad de revirarlo para entender lá práctica jurídica y los reclamos de justicia poswestfalianos” (2011, p. 73).

O Neoconstitucionalismo ainda está centrado no marco westfaliano, que toma como centro o a unidade territorial do estado-nação e a sociedade nacional como único espaço de cidadania, entretanto “la proliferacion de espacios transnacionales de deliberación erosiona el monopolio de la sociedad civil como lugar de ejercicio de la ciudadanía” (Garavito, 2011, p. 71/76).

O neoconstitucionalismo, dessa forma, se mostra incompleto. Daí, teremos duas opções: (i) fundar um novíssimo constitucionalismo, como base no maior diálogo entre as ordens jurídicas e colocando os Tratados Internacionais, no plano normativo e argumentativo, ao lado da Constituição, (ii) inserir os postulados do neoconstitucionalismo no debate sobre Tratados Internacionais e outras formas de pensar o Constitucionalismo, para além de suas fontes tradicionais.

A segunda opção nos parece mais pertinente. Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos aliados aos postulados no Neoconstitucionalismo, como a valorização da

intervenção judicial, a aproximação entre o Direito e a moral, a força normativa dos princípios e a proposição de um Constitucionalismo compromissório, parece-nos propício para inaugurar uma nova forma de proteção judicial e implementação dos Direitos Humanos/Fundamentais no Brasil.

5. Conclusão

Indubitavelmente, o processo de Constitucionalização do Direito e do alargamento da jurisdição constitucional protagonizado pelo Supremo Tribunal Federal, envolve riscos para a nossa Democracia. Pode-se dizer, inclusive, que mais um instrumento do ordenamento jurídico nacional, os Tratados Internacionais, aprofundaria o processo de “colonização” do mundo da vida pelo judiciário.

Não podemos, obviamente, deixar de reconhecer o caráter problemático da expansão do Poder Judiciário. Todavia, como demonstrado ao longo de nosso trabalho, a nossa posição no presente artigo pretende criticar o Neoconstitucionalismo não no sentido de enfraquecê-lo, mas sim de fortalecê-lo.

O mundo jurídico brasileiro²⁶, ai envolvendo a doutrina e a jurisprudência, vem caminhando muito lentamente para o reconhecimento de outras formas de se estudar o Direito Constitucional. Observamos, portanto, que o “estatocentrismo” ainda reina na prática judiciária brasileira e na doutrina neoconstitucionalista. Porém, temos a consciência que toda mudança no Direito é um processo em construção, ainda que lento e gradual.

Dessa forma, reconstruir o processo de constitucionalização do Direito na jurisprudência brasileira, agora com enfoque nos Tratados Internacionais aliado à Teoria da Constituição, também parece ser uma tarefa que a doutrina neoconstitucional teria um papel significante. O Direito Constitucional que se pretende novo não pode prescindir do mais moderno e dinâmico instrumento de efetivação dos Direitos fundamentais: os Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

²⁶ Nessa expressão não queremos cogitar nenhum tipo de homogeneidade ou uniformidade na seara judicial. Acreditamos que, assim como a sociedade, o judiciário brasileiro é plural e fragmentado. De toda forma, utilizamos essa expressão com o intuito de demonstrar que o judiciário, de uma forma geral, ainda se mostra refratário as novas mudanças no Direito Constitucional.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *"Neoconstitucionalismo": entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência"*. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março/2009, Disponível na internet em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em 15 de Junho de 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010a.

_____. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. 2010b. Acesso em 15 de Junho. 2011

_____. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Disponível em http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf. 2008. Acesso em 20 de Junho de 2011

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, ano 15, n. 58, p. 129-173, jan./mar. 2007

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e política: uma relação difícil*. Disponível em: Lua Nova [online]. 2004, no. 612008-10-31, pp. 5-24. http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010264452004000100002&lng=&nrm=iso. Acesso em. 20 de junho de 2011.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova Jurisdição Constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumento de realização*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta; 2003

DIMOULIS, Dimitri: *Uma visão crítica do neoconstitucionalismo*. In: George Salomão Leite; Glauco Salomão Leite (orgs). *Constituição e efetividade constitucional*. Salvador: JusPodium, 2008. p. 43-60.

GALINDO, Bruno: *Teoria Intercultural da Constituição: A Transformação Paradigmática da Teoria da Constituição Diante da Integração Interestatal na União Européia e no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GARAVITO, César Roberto. *Navegando la globalización: un mapa para el estudio y la práctica del derecho en América Latina*. IN: GARAVITO, César Roberto (org.). *El Derecho em América Latina. Um mapa para el pesamiento jurídico del siglo XXI*. 1º ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. p. 69-86.

HÄBERLE, Peter: *Estado Constitucional Cooperativo*. Trad. Marcos Augusto Maliska & Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MARMELSTEIN, George Lima: *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade: sobre o papel atividade jurisprudencial na “sociedade órfã*. In. Revista Novos estudos, nº 58, São Paulo, 2000. p. 183-202.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Martires BRANCO, Paulo Gustavo Gonet: *Curso de Direito Constitucional*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NEVES, Marcelo: *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

PIOVESAN, Flávia: *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Boaventura de Souza: *Ativismo judicial conservador neutraliza avanços*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-dez-04/contrarrevolucao-juridica-ativismo-judiciario-conservador>. 2009. Acesso em 16 de junho. 2011

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Leituras complementares de Direito Constitucional – Teoria da Constituição. NOVELINO, Marcelo (org) Salvador: Editora Jus Podium, 2009, p. 31-68.

STRECK, Lenio Luiz: *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumes Iuris, 2009.

_____. *A hermenêutica e o acontecer (Ereignen) da Constituição: A tarefa de uma nova crítica do Direito*. IN: ROCHA, Leonel Severo, STRECK, Lenio Luiz & BOLZAN DE MORAIS (orgs). Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito- Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: UNISINOS- Centro de Ciências Jurídicas, 2000. p. 105-139.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. 2. ed. ver. e atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. v. 1.