

O DÉCIMO SEGUNDO CAMELO DE LUHMANN E O § 3º DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA ACRESCIDO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45: INCONSTITUCIONALIDADE A PARTIR DE UMA VISÃO EXTRADOGMÁTICA DO DIREITO TENDO COMO PARADIGMA A ALOPOIESE JURÍDICA

THE TWELFTH LUHMANN'S CAMEL AND THE § 3º OF THE 5º ARTICLE OF THE BRAZILIAN CONSTITUTION AMENDED BY THE 45TH AMENDMENT: INCONSTITUTIONALITY FROM AN EXTRADOGMATIC VISION OF THE LAW BASED ON THE LEGAL *ALOPOIESIS* PARADIGM

CARLOS ALBERTO SIMÕES DE TOMAZ*

Recebido para publicação em agosto de 2005

Resumo: Neste trabalho, conclama-se por uma visão extradogmática do Direito havida a partir da teoria da *alopoiese* jurídica, base para compreensão de uma constituição aberta voltada para imprimir efetividade aos Direitos Humanos e defesa do princípio da dignidade da pessoa humana. Sob esta perspectiva, é enfrentada a integração dos tratados que consagram Direitos Humanos ao sistema jurídico brasileiro em face dos preceitos vazados nos §§ 2º e 1º do art. 5º da Constituição, bem como do recém acrescido § 3º introduzido pela Emenda Constitucional nº 45.

Palavras-chave: Teoria do Direito. Dogmática jurídica. *Autopoiese*. *Alopoiese*. Constituição aberta. Direitos humanos. Tratados.

Abstract: The essay deals with a new paradigm which interprets the legal system based on the theory of legal *alopoiesis*. This theoretical approach envisions the constitution as an open chart and validates the thesis of immediate incorporation to the Brazilian legal system of the human rights treaties based on the effectiveness of the human dignity principle. Sob esta perspectiva, é enfrentada a integração dos tratados que consagram Direitos Humanos ao sistema jurídico brasileiro em face dos preceitos vazados nos §§ 2º e 1º do art. 5º da Constituição, bem como do recém acrescido § 3º introduzido pela Emenda Constitucional nº 45.

Key Words: Legal theory. *Autopoiesis*. *Alopoiesis*. Open constitution. Human rights. Treaties.

Introdução

A tradicional idéia de reduzir o direito à norma escrita ainda goza de foros de exclusividade dentre os cientistas do direito. É comum desde o estudante até o magistrado, que detém a missão de eleger entre as possíveis e positivar uma interpretação, o comportamento de procurar a norma jurídica adequada, cuja incidência

sobre o fato, permita a extração de certo efeito.

Efetivamente, vê-se, no dia-a-dia, uma certa dificuldade na experiência jurídica quando a questão não aponta para solução vazada numa norma escrita. A consulta demora resposta do parecerista. O advogado tarda para ajuizar a demanda, ou oferecer resposta, em razão do prazo,

* Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo UniCEUB/DF. Juiz Federal e Professor de Direito Constitucional, Direitos Humanos, Direito Internacional e Fundamentos da Metodologia, Pesquisa e Ensino do Direito no CEAJUF em Belo Horizonte/MG.

com dificuldade. A decisão judicial é também retardada nos juízos e tribunais. Isso decorre, sem dúvida, da falta de habilidade, de preparo, para tratar o direito fora dos domínios exclusivos da dogmática.

A dogmática jurídica parte do pressuposto de que a norma é um dogma. Significa dizer que as construções jurídicas não podem se distanciar dos parâmetros estabelecidos pela norma, muito menos confrontar sua existência. Decorre, daí, a dificuldade para o trato das questões jurídicas quando o operador do direito se depara com a ausência de norma ou quando a solução ofertada por ela não satisfaça o sequioso espírito de justiça, o que ocorre porque sendo o direito uma ciência cultural, o conteúdo da norma se expõe às alterações da cultura, necessitando o intérprete de se valer de meios para ensejar a revisão dos conteúdos através de procedimentos integradores, que no dizer de Adeodato (1983, p. 131) formam uma ponte para a nova realidade.

Partindo dessa linha, poucos se aventuram a admitir a ordem de raciocínio que aqui se vai deduzir, não obstante a expansão do pensamento seja crescente. Sobota (1991, pp. 45-60) divisa este fenômeno ao registrar que:

“A maioria das pessoas, nas democracias modernas, parece estar convencida de que o direito é um sistema constituído de normas explícitas... Essa fachada normativa é a versão popular de uma concepção teórica que se desenvolveu a partir do espírito do iluminismo e da admiração pelos sucessos da ciência, refletidos no movimento positivista do fim do século XIX e começo do século XX...”.

Por esse caminho, o direito fica reduzido a um sistema fechado com a pretensão de dispor sobre as condutas humanas através de um ordenamento hermético, auto-suficiente e auto-produtivo.

A verdade é que, a redução da ciência jurídica ao tecnicismo da dogmática

sob o véu do monopólio estatal da criação e aplicação normativas está longe de revelar a completude do fenômeno jurídico. Daí, no dizer de Adeodato (1996, p. 277), “o surgimento de práticas a que as doutrinas tradicionais não conseguem se adequar e a necessidade de novas óticas para a compreensão da realidade jurídica (...)”.

A aceitação de novas maneiras de dividir a realidade jurídica encontra dificuldades no tradicionalismo com que o direito é tratado. Isso decorre, sem dúvida, da circunstância de que seus operadores, desde o ensino até a práxis, de regra, não voltam os olhos para uma perspectiva não dogmática, no campo da filosofia epistemológica do direito. Esse viés, “tem uma tarefa prática, na medida em que fornece os subsídios para se criarem respostas aos estímulos da vida, isto é, decidir alternativas de conflito, tomar posições éticas, técnicas, políticas, tomar posição científica” (ADEODATO, 1996, p. 278).

1. Alopeiose Jurídica: Um Novo Paradigma para Compreensão do Direito dentro de uma Visão Extradogmática

Nessa ordem de pensamento, o fenômeno jurídico pode ser enfrentado sob outro prisma. Desta feita, relacionando-o a outros sistemas como o econômico, o político, enfim o social, numa relação de inter-referência ou hetero-produtividade. Essa nova compreensão da ciência jurídica introduz sensível modificação no dogmatismo clássico e propõe um rompimento na estrutura científica do direito com a adoção de novos modelos, novos padrões, enfim, a partir de novos paradigmas porque os existentes “deixaram de responder adequadamente aos problemas postos por meio que ajudaram em parte criar” (KUHN, 2001, p. 126).

Sobre o manto dessa ordem de idéias, surgem algumas perspectivas de análise do direito, podendo-se destacar a *Teoria da*

Ação Comunicativa de Jürgen Habermas¹ e a *Teoria dos Sistemas* de Niklas Luhmann².

Aqui, a hipótese de trabalho partirá da compreensão do direito dentro de uma visão sistêmica, buscando, inicialmente, apoio, portanto, na Teoria dos Sistemas de Luhmann, mas dela se distanciando, ao final, para imprimir uma conformação à modernidade periférica na qual está situado o direito brasileiro.

Essa perspectiva de exame da realidade jurídica, que adiante será mais dissecada, partiu da teoria biológica da *autopoiesis*, criada pelos biólogos chilenos Maturana e Varela, trazida para as ciências sociais pelo pensamento de Niklas Luhmann.

Maturana e Varela (2004, pp. 48 – 61), preocupados em estabelecer “as bases biológicas da compreensão humana”, buscam resposta para a grande indagação “o que é a vida?”, desenvolvendo a idéia de que um sistema vivo caracteriza-se pela capacidade de se auto-produzir a partir de inter-referências de seus próprios componentes, que estariam dispostos em estrutura funcional gerando uma organização (*organização autopoietica*), independentes de circunstâncias externas de tempo, espaço e outras presentes no meio ambiente.

A teoria da autopoiese foi amplamente difundida no pensamento científico. Coube a Luhmann, como se disse, trazer para as ciências sociais a teoria, e ao fazê-lo, demonstra que a recepção da teoria desenvolvida por Maturana e Varela opera-se por viés diferente. Neves³, discípulo de Luhmann e também seu crítico em alguns aspectos, fazendo uso das palavras de seu mestre, sintetiza a autopoiese dos sistemas nos seguintes termos:

“A concepção luhmanniana da autopoiese afasta-se do modelo biológico de Maturana, na medida em que nela se distinguem os sistemas constituintes de sentido (psíquicos e sociais) dos sistemas não-constituintes de sentido (orgânicos e

neurofisiológicos). Na teoria biológica da autopoiese, há, segundo, Luhmann, uma concepção radical do fechamento, visto que, para a produção das relações entre sistema e meio ambiente, é exigido um observador fora do sistema, ou seja, um outro sistema. No caso de sistemas constituintes de sentido, ao contrário, a “auto-observação torna-se componente necessário da reprodução autopoietica”. Eles mantêm o seu caráter autopoietico enquanto se referem simultaneamente a si mesmo (para dentro) e ao seu meio ambiente (para fora), operando internamente com a diferença fundamental entre sistema e meio ambiente. O seu fechamento operacional não é prejudicado com isso, considerando-se que sentido só se relaciona com sentido e só pode ser alterado através de sentido. Porém, a incorporação da diferença ‘sistema/meio-ambiente’ no interior dos sistemas baseados no sentido (a auto-observação como “momento operativo da autopoiese”) possibilita uma combinação de fechamento operacional com abertura para o meio ambiente, de tal maneira que a circularidade da autopoiese pode ser interrompida através da referência ao meio ambiente. Portanto, na teoria dos sistemas sociais autopoieticos de Luhmann, o meio ambiente não atua perante o sistema nem meramente como “condição infra-estrutural de possibilidade da constituição dos elementos”, nem apenas como perturbação, barulho, *bruit*; constitui algo mais, “o fundamento do sistema”. Em relação ao sistema atuam as mais diversas determinações do meio ambiente, mas elas só são inseridas no sistema quando esse, de acordo com os seus próprios critérios e código-diferença, atribui-lhes sua forma.”

Efetivamente, em sua Sociologia do Direito, Luhmann (1983, p. 15) adverte logo na introdução que “é necessário ver e pesquisar o direito como estrutura e a sociedade como sistema em uma relação

de interdependência recíproca”. Efetivamente, a autopoiese jurídica a partir do pensamento de Luhmann tem raiz numa “perspectiva mais atrelada à influência do interacionismo” (LOPES, 2004, p. 8). Neves (1994, p. 119 – 120) demonstra esse caráter quando revela que:

“... A positivação do Direito na sociedade moderna implica o controle do código-diferença “lícito/ilícito” *exclusivamente* pelo sistema jurídico, que adquire dessa maneira seu fechamento operativo.” Nesse sentido, a positividade do Direito é conceituada como auto-determinação operacional do Direito. Assim como em relação aos outros sistemas sociais diferenciados, não se trata aqui de autarquia, (quase) privação de meio ambiente. Se o fato de dispor exclusivamente do código-diferença “lícito-ilícito” conduz ao fechamento operacional, a escolha entre lícito e ilícito é condicionada pelo meio ambiente. Por outro lado, a auto-determinação do Direito fundamenta-se na distinção entre expectativas e cognitivas, que só se tornou claras a partir da codificação binária da diferença entre lícito e ilícito exclusivamente pelo sistema jurídico. Com base na distinção entre normativo e cognitivo, o fechamento operativo do sistema jurídico é assegurado e simultaneamente compatibilizado com sua abertura ao meio ambiente. A respeito escreve Luhmann: “Sistemas jurídicos utilizam essa diferença para combinar o fechamento da autoprodução recursiva e a abertura de sua referência ao meio ambiente. O Direito constitui, com outras palavras, um sistema *normativamente fechado*, mas *cognitivamente aberto*[...]. A qualidade normativa serve à autopoiese do sistema, à sua autocontinuação diferenciada no meio ambiente. A qualidade cognitiva serve à concordância desse processo com o meio ambiente do sistema. Daí resulta uma conexão entre conceito e interesse na produção do Direito positivo. Ao mesmo

tempo que o sistema jurídico fatorializa a auto-referência por meio de conceitos, ele constrói sua hererorreferência através de assimilação de interesses.”

A abertura cognitiva do sistema jurídico que se opera através de uma linguagem auto-reflexiva dotada de sentido e a partir de inter-referência do meio ambiente começou, portanto, a ser teorizada no pensamento de Luhmann e prossegue nos modelos pós-modernistas não-dogmáticos de Ladeur⁴, para quem “a autopoiese é flexibilizada, na medida em que o plano da virtualização da estrutura e função possibilita o emalhamento dos diversos sistemas sociais (...)” ou na leitura de Teubner das *inter-referências sistemáticas*⁵.

Enfim, a validação de procedimentos extradogmáticos resulta, sem dúvida, do rompimento da clausura do sistema jurídico, no dizer de Neves (1994, p. 129):

“na medida em que [...] os agentes do sistema jurídico estatal põem de lado o código-diferença “lícito-ilícito” e os respectivos programas e critérios, conduzindo-se ou orientando-se primária e frequentemente com base em injunções diretas da economia, do poder, das relações familiares etc., cabe, em dúvida, sustentar a existência da alopoiese do Direito. Aqui não se trata de bloqueios eventuais da reprodução autopoiética do Direito positivo, superáveis através de mecanismos imunizatórios complementares do próprio sistema jurídico. O problema implica em comprometimento generalizado da autonomia operacional do Direito. Diluem-se mesmo as próprias fronteiras entre sistema jurídico e meio ambiente, inclusive no que se refere a um pretense Direito extra-estatal socialmente difuso”

Observa-se, portanto, que num primeiro momento, sob o prisma da autopoiese jurídica, a experiência jurídica ocorreria num sistema fechado, auto-produtivo e auto-referente, permitida a inter-referência

com o meio circundante desde que admitida pelo próprio sistema jurídico, o que não afastaria sua produção autopoietica.

Para encetar melhor a compreensão do tema, toma-se a liberdade de remeter a teoria da autopoiese à química. Cogite-se, por exemplo, um composto químico simples: a água. Ora, em laboratório, para se obter água bastará que se junte dois átomos de hidrogênio na presença de um átomo de oxigênio ($2H + O = H_2O$), não sendo preciso nenhum elemento externo. É dizer, o sistema se auto-produz. Coisa diversa se tem quando para produção de um composto químico a presença dos elementos, per si, não se avulta suficiente para tanto porque o sistema não é auto-produtivo, necessitando, desde aí, de um elemento externo chamado naquela ciência de reagente. Assim, igualmente, quando a polícia se utiliza de bafômetro para verificar o nível de álcool em um indivíduo, é preciso um reagente, o dicromato de potássio ($K_2Cr_2O_7$), sem o qual não ocorre oxidação orgânica que indica a existência de etanol no organismo. A experiência química, na hipótese, processou-se por meio de hetero-interferência mercê da qual se trouxe um outro elemento sem o qual o resultado não seria alcançado. Aqui, o elemento encontra-se no próprio sistema da química, mas, é sabido, o reagente às vezes é o fogo ou o atrito, elementos de outro sistema orgânico. Todavia, apenas foi possível trazer este elemento porque a própria organização estrutural do sistema permite a fim de ensejar a sua produção autopoietica.

Impende, agora, que se proceda a um desdobramento do tema a fim de bem posicioná-lo no âmbito do direito constitucional, ao escopo de bem compreender as alterações veiculadas pela Emenda Constitucional nº 45, no que diz respeito a integração dos tratados que consagram direitos humanos ao sistema jurídico pátrio.

Pois bem. Se observarmos o direito

penal como um subsistema do direito, teremos que admitir que é um sistema fechado, ou como se queira, autopoietico, porque na definição dos tipos penais ou os elementos normativos se encontram presentes ou não existe o tipo, pois naquele campo do direito se diz que vigora o princípio da estrita legalidade (*Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*). Ou a tipologia se diz presente, delineando, gizando a conduta típica, ou o espaço é de liberdade. Todavia, não se pode olvidar, que até mesmo no direito penal, onde estão em causa valores maiores da essencialidade humana como a vida, a liberdade e a integridade física e moral, existem normas que conduzem, isto sim, a uma experiência com elementos fora do subsistema penal e até mesmo fora do sistema jurídico. De fato, que dizer das conhecidas normas penais em branco? Como pode o cientista do direito aplicar a norma penal em branco sem se valer de elementos externos a ela? Onde estão, por exemplo, as doenças cuja notificação é compulsória a fim de ensejar a tipicidade prevista no art. 269 do Código Penal? Quais as mercadorias cuja internação ou exportação são defesas e quais as alíquotas de imposto devidas a ponto de se poder configurar os crimes de contrabando e descaminho na forma do art. 334 do Código Penal? Em ambas as hipóteses, a hetero-referência aponta para outras normas, que se não existirem, não haverá como aplicar o referido dispositivo, ou por outra, não se opera a autopoiese do sistema.

Porém, às vezes, o elemento externo à norma, para propiciar sua eficácia e, portanto, ensejar a autoprodutividade do sistema, não se encontra em outra norma. Para alcançar o elemento externo, o intérprete terá, nessa conformidade, que se socorrer dos sistemas social, econômico ou político. Que dizer, por exemplo, da qualificadora do homicídio prevista no art. 121, § 2º, III, do Código Penal? Por ali, vê-se

que se o homicídio é cometido “com o emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum” poderá ter a pena exacerbada. Não há no sistema jurídico brasileiro nenhuma norma que estabeleça quais os outros meios insidiosos ou cruéis ou quais as situações que possam resultar perigo comum a ponto de qualificar o homicídio. O sistema jurídico não se auto-produz! Que dizer, ainda, do tipo previsto na outrora redação do art. 219 do Código Penal: “Raptar *mulher honesta*, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso...” O que é ou deveria se entender pela expressão etimológica *mulher honesta*?!! Qual ou quais os paradigmas de que deveria valer o cientista do direito para imprimir eficácia ao dispositivo? Aqui, sem dúvida, haverá elementos externos de outros sistemas sociais que vão influenciar de maneira direta no sistema jurídico, pois os seus próprios componentes não bastam de per si para ensejar o seu processamento a ponto de produzir efeitos. A esses elementos, chegará o operador do direito se se postar numa atitude inter-reflexiva de modo a estabelecer conexões dotadas de sentido a fim de que o sistema garanta sua produção autopoietica. Tais elementos, segundo Luhmann (1996, p. 98) já divisados por Maturana e Varela, são denominados *acoplamentos estruturais* porque a sua interação com o sistema decorre de possibilidade prevista na sua própria estrutura.

Essa “falta de autonomia operacional do direito positivo aponta para mecanismos extradogmáticos” e conduz, segundo Neves (1994, p. 128), para uma “sobreposição de outros códigos de comunicação, especialmente do econômico (ter/não ter) e do político (poder/não poder), sobre o código ‘lícito/ilícito’, em detrimento da eficiência, funcionalidade e mesmo racionalidade do Direito” e, em certos casos, em

desfavor de sua própria legitimidade.⁶ Isso ocorre, por exemplo, quando o parlamentar vota em troca de favores, quando nas delegacias de polícia se facilita a condução de inquéritos mercê de subornos ou ainda quando o juiz é peitado.

Num autêntico Estado de Direito Democrático as expectativas quer cognitivas, quer normativas, não apontam para uma interferência tão nociva da economia e da política no direito. E a reprodução operacional do direito, própria da visão autopoietica, desenvolve-se sem que o seu código binário de preferência (não exclusivo) – lícito/ilícito – seja tão bloqueado. É óbvio que há bloqueios, mas não com a intensidade com que a política e a economia amordaçam o sistema jurídico, em razão da ingerência de seus códigos binários, como acontece nos Estados periféricos latino-americanos, africanos e asiáticos, onde o Estado de Direito ainda não se encontra bem sedimentado.

Isso permite concluir que propagar na chamada modernidade periférica à reprodução operacional autopoietica do direito dentro de um fechamento organizacional, aberta apenas cognitivamente para trazer os elementos culturais, econômicos, políticos, enfim, sociais, através de acoplamentos estruturais, além de poder fomentar uma indevida ingerência dos códigos binários próprios da política e da economia sobre o direito, o que revelaria uma abertura cognitiva à clausura operacional completamente nefasta ao sistema, implica, também, uma limitação inapropriada à expansão do fenômeno jurídico na modernidade ou, como se queira, na tão decantada pós-modernidade, quando se verifica que nenhum aporte do meio circundante poderá ser trazido para dentro do sistema jurídico sem que decorra de possibilidade estrutural interna do próprio sistema a fim de manter sua produção autopoietica segundo concebida por Luhmann (1996, p. 98).

Sob tal contexto, parece acertado, efetivamente, divisar-se uma manifestação alopoiética do direito, que deixaria de ser considerado organizacionalmente fechado (clausura organizacional) para admitir outros espaços de criação e aplicação normativas, que não aqueles criados exclusivamente pelo Estado com o monopólio da função criadora (legislativa) e aplicadora do Direito (executiva e judicial), que vicejam hodiernamente estabelecendo procedimentos fora do campo da dogmática jurídica, portanto, extradogmáticos, como mais adiante se verá.

Todavia, é preciso se ter presente que tais espaços normativos, tal qual o mero acoplamento de sistemas cogitado por Luhmann apenas no plano cognitivo, ao invés de fortalecer e caminhar os Estados periféricos para a condensação do Estado de Direito Democrático, podem bloquear ainda mais o código binário jurídico (lícito/ilícito) e frear os passos do Estado rumo à democracia com a satisfação do princípio dignitário.

Por isso mesmo, Maia (1999, p. 55) louva-se em Deodato para afirmar que é preciso bem caracterizar procedimentos extradogmáticos voltados para estabelecer na realidade a estrutura do Estado. Arremata afirmando que:

“O Estado, em uma realidade subdesenvolvida, que se caracteriza pela sua impossibilidade de deter o monopólio da produção do direito, possui uma série de mecanismos paralelos para buscar solucionar os conflitos surgidos. Tais mecanismos paralelos, como procedimentos extradogmáticos que são, por vezes se tornam indispensáveis ao perfeito funcionamento da engrenagem do Estado”. (MAIA, 1999, p. 55).

A caracterização de tais procedimentos extradogmáticos revela o conteúdo alopoiético do direito. Deveras, divisam-se procedimentos que não encontram conexão com a estrutura do sistema jurídico,

portanto não são auto-referenciais, o que afastaria a possibilidade de acoplamento estrutural, mas que, em algumas hipóteses, criam no mundo circundante um espaço normativo válido porque hetero-produtivo (erigido a partir da interação de vários sistemas) e voltado para a satisfação da dignidade da pessoa humana e sedimentação da democracia.

Essa visão coloca o direito num sistema aberto ou hetero-produtivo, portanto *alopoiético* (de *al*, *állos*, do grego, elemento de composição significando “outro”, “um outro”, ou “diferente” e *poíesis*, do grego, elemento de composição significando “formação”, “criação”, segundo Ferreira⁷) onde até mesmo sua legitimidade encontraria espaço também em elementos externos, circundantes, ou como se queira, nos sistemas político, econômico e social e não apenas no próprio direito mercê de acoplamento estrutural. Por esse caminho busca-se trazer o direito para um contato mais aberto com a vida, e a experiência jurídica se completa com elementos externos trazidos de outros sistemas, que em completude vão imprimir o passo para compreensão do fenômeno jurídico.

Nessa linha, é preciso se ter presente como o fez Dias⁸ que:

“(…) un Derecho, en cuanto expresión de las fuerzas y grupos sociales que están en su base puede, en efecto, representar un factor de inmovilismo, de conservación (en mayor o menor escala) del orden existente, pero puede fortalecer también un proceso de verdadero cambio y transformación social.”

Com efeito, a concepção do direito nessa conformidade colocará o seu cientista diante de duas grandes funções: 1^a) divisar o direito como um sistema aberto que se integra com elementos provenientes dos sistemas econômico, político, enfim, social, ainda que não inter-referentes; e 2^a) expungir desta abertura os procedimentos

extradogmáticos que não legitimadores do direito⁹, porque não voltados para a satisfação da dignidade da pessoa humana e aprimoramento da democracia, se conduzidos à intensidade máxima poderiam, provavelmente, levar a alopoiese jurídica a uma autofagia do próprio direito¹⁰.

2. A Constituição Aberta e a Fundamentabilidade dos Direitos Humanos Consagrados em Tratados

O conjunto das idéias expostas aponta para que se considere a constituição como um sistema aberto. É dizer: as normas constitucionais não são apenas as explícitas. Há de se admitir a existência de normas constitucionais não explícitas, isto é, não formalmente constitucionais, conquanto possam ser até mesmo materialmente constitucionais.

Nessa ordem, as constituições das últimas décadas do século passado começaram a ampliar o elenco dos direitos fundamentais antes reduzido ao formalmente expresso no texto, para admitir como integrantes do sistema constitucional aqueles provenientes de normas de direito internacional. A expansão deste fenômeno tem sido conhecida como a internacionalização do direito constitucional. De fato, não faltam nas constituições modernas referências a normas de direito internacional como os tratados e os princípios.

Na verdade, este fenômeno eclodiu ao escopo de imprimir um grau de eficácia desejável às normas internacionais consagradas de direitos humanos. Como se sabe, o grande problema do direito internacional é a questão da eficácia de suas normas. De fato, as normas de direito internacional se ressentem da coercibilidade de que gozam as normas do direito estatal. Deveras, a Corte Internacional de Justiça não consegue, ainda, impor o comando emergente de suas decisões aos Estados, que se vêem livres,

em nome da soberania, para cumprirem ou não as normas internacionais. As sanções, via de regra, se restringem ao campo político, como, por exemplo, notas de repúdio ou embargo econômico, mas a experiência tem demonstrado que os Estados, até mesmo os periféricos, sobrevivem a embargos. Daí porque, a idéia que vicejou nas últimas décadas do século passado, foi a de trazer para o âmbito da constituição normas de direito internacional, sobretudo os princípios e tratados voltados para assegurar a paz e a convivência internacionais e a dignidade da pessoa humana.

Esse fenômeno, como se disse, tem-se expandido, podendo-se afirmar que as constituições, de um modo em geral, se abriram para recepcionar os preceitos de direito internacional consagrados de direitos humanos ao fito de imprimir-lhes, como normas de direito interno, maior grau de eficácia.

Essa expansão do fenômeno da internacionalização do direito constitucional propicia um espaço mais amplo para a fundamentabilidade dos direitos humanos, que não se limitariam apenas aos direitos positivados expressamente numa constituição, mas também aqueles que estivessem previstos em tratados ou princípios de direito internacional. Essa idéia apenas pode ser concebida, com efeito, se se considerar a constituição como um sistema aberto de normas e princípios. De modo contrário, reduzindo-a ao texto expresso, não se terá como admitir que um direito previsto num tratado integre, como norma constitucional, o elenco de direitos de um Estado.

Não obstante a importância da questão, o fato é que a recepção dos tratados e princípios de direito internacional em defesa da dignidade humana não tem obtido contornos bem definidos. Isso se deve à circunstância de que, não raro, invoca-se a soberania para afastar a recepção desta ou daquela norma internacional porque

contrária à normatividade constitucional expressa. Daí, a relevância do tema, sobretudo no Brasil, que a exemplo de outros Estados, encara a soberania de forma absoluta, relutando em admitir a integração da constituição com outras normas, numa relação de inter-referência, mesmo a despeito, nalguns casos, de disposições constitucionais expressas nesse sentido.

De outra parte, ao lado da preocupação com a vivência dos direitos humanos, os Estados europeus integrantes da União Européia se depararam com a necessidade de adaptar suas legislações ao processo de integração regional. Com efeito, buscava-se uma união de Estados diferente, não apenas sob o pálio de um vínculo contratual, que serviu por tanto tempo para validar as confederações, mas, na verdade, uma união que estabelecesse um vínculo constitutivo, assemelhado em tudo e por tudo ao vínculo de natureza constitucional estabelecido no plano interno. Somente sob o influxo de uma ordem desta natureza se conceberia que os Estados partes pudessem equalizar a satisfação de seus interesses em benefício de seus povos.

A unidade resultante deste fenômeno, que na Europa expande-se desde o final da década de cinquenta, teria que se situar acima do Estado e sob o império do direito internacional para, de um lado, suprimir a falta de eficácia daquele e, de outro, podar a sanha unilateralista fulcrada num conceito de soberania absoluta. Somente assim, poder-se-ia admitir a submissão dos Estados a um novo centro de poder que encerra as funções básicas do próprio Estado de criação e aplicação normativas. É dizer, constitui-se um novo nível de decisão legislativa, executiva e jurisdicional, ao qual se submetem os Estados e seu elemento humano.

A união daí resultante é, de fato, de natureza constitutiva porque se divisa a existência de poderes legislativo, execu-

tivo e jurisdicional que não são estatais, nem inter-estatais, mas supranacionais ou comunitários. É por isso que se afirma que a abertura das constituições modernas, por esse viés - que não prescinde, necessariamente, da flexibilização da soberania, a fim de ser exercida de forma compartilhada pelos órgãos supranacionais - deflagrou o fenômeno da constitucionalização do direito internacional, numa alusão ao vínculo assemelhado a uma constituição, de fato, de natureza constitutiva, que se forma no âmbito do direito internacional. O Tratado de Maastricht não deixa dúvida sobre a natureza constitutiva da União Européia em evolução desde o Tratado de Roma, sendo certo que, atualmente, já se encontra elaborada uma Constituição, que está sendo submetida a *referendum* pelos Estados.

Sob um ou outro viés, a abertura da constituição partindo-se de um compartilhamento da soberania pode efetivamente ser divisada nos textos constitucionais dos Estados da União Européia e latino-americanos¹¹. Observa-se que a preocupação com a vivência dos direitos humanos é o norte que tem guiado as constituições que se expandem para recepcionar normas de Direito Internacional nesse sentido.

De um modo geral, as cartas não têm hesitado em transferir soberania para órgãos internacionais ou supranacionais e o fazem, com efeito, sob os auspícios de imprimir uma maior tutela aos direitos humanos e para, efeito do compartilhamento da soberania, permitir a união mais duradoura entre os Estados, agora sob um vínculo de natureza constitutiva como no caso dos Estados integrantes da União Européia.

Vale notar que em algumas constituições os tratados, a esse declarado escopo recepcionados, encontram-se em posição superior às leis (Alemanha: art. 25; França: art. 55; Holanda: art. 94; Itália: art. 10; Argentina: art. 75, item 22; e Paraguai: art. 45). Tais constituições, com mais densida-

de do que aquelas que apenas integram as normas de direito internacional ao direito interno com força de lei, encontram-se sob o pálio do monismo kelseniano. Com efeito, é evidente a primazia do direito internacional sobre o direito estatal.

Como visto, algumas constituições destacam a prevalência das normas de direito internacional que ocupariam posição hierárquica superior a das leis. Isso significa dizer que a legislação nacional deve ajustar-se aos preceitos estabelecidos nas normas internacionais, como efetivamente disse a Constituição da Itália, que “A ordem jurídica italiana conforma-se com as regras do Direito Internacional geralmente reconhecidas.”

Note-se: afirmar que as normas de direito internacional prevalecem sobre as leis, como o fazem as Constituições da Alemanha, França, Países Baixos, Itália e Paraguai, pode gerar duas ordens de conclusão: a primeira, a de que a superioridade hierárquica se daria apenas em face da legislação ordinária; e a segunda, a de que a prevalência se daria, também, em face da própria constituição. Há constituições em que a questão restou vazada de forma clara como acontece com o comando emergente do art. 25 da Carta alemã, ou mesmo o art. 9, 1, da congênere austríaca. Já a Constituição Argentina, de sua parte, busca espantar dúvida quando proclama que os tratados que consagram direitos humanos que elenca têm hierarquia constitucional (art. 72, 22) e que outros poderão ter este *status* desde que aprovados por um *quorum* qualificado.

A questão, todavia, está longe de ser resolvida pelas disposições vazadas nas mais diversas constituições. Deveras, na doutrina internacionalista está-se formando o entendimento de que as normas de direito internacional consagradas de Direitos Humanos têm caráter supraconstitucional. Essa moderna corrente, que cada dia ga-

nha mais adeptos, parte do pressuposto da precedência histórica dos Direitos Humanos, bem como de sua essencialidade para a plenificação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Entre nós, Galindo (2002, pp. 283-284) ressalta que:

“Poder-se-ia, ademais, admitir que certos Direitos Humanos teriam este caráter. Se se parte da visão de que os tratados de Direitos Humanos visam a concretizar os princípios da dignidade humana e da prevalência dos Direitos Humanos, tais direitos, quando considerados de natureza *jus cogens* teriam, conseqüentemente, estatura supraconstitucional.

Cançado Trindade, em alguns de seus votos na Corte Interamericana de Direitos Humanos, tem defendido que alguns direitos humanos possuem caráter *jus cogens*, o que leva a crer que se sobreporiam à própria Constituição Interna (...)”.

Efetivamente, a existência de um *ius cogens* conduz à idéia de um direito vinculativo, obrigatório, cogente, que se contrapõe a normas meramente preceptivas ou dispositivas. Dizer, portanto, que alguns Direitos Humanos possuem caráter *ius cogens*, é admitir o caráter vinculante das normas que os consagram e em se tratando de normas de direito internacional, a conclusão é a de que o comando delas emergentes vincularia de forma obrigatória, portanto, cogente, a sua observância no plano interno, decorrendo, daí, o caráter supraconstitucional. Por certo a maturação deste conceito será de grande importância no âmbito da responsabilização internacional do Estado, quando se afasta o caráter meramente dispositivo de normas consagradas de Direitos Humanos.

No entanto, segundo ainda registra Galindo (2002, p. 308), a concepção de normas de caráter *jus cogens* ainda se encontra no espaço da formulação teórica própria da doutrina, não tendo a Corte In-

ternacional de Justiça imprimido densidade a sua aplicação, embora previsto desde a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados¹².

A Convenção, todavia, ainda não foi incorporada ao sistema jurídico brasileiro, não obstante aprovada pela Comissão de Relações Exteriores da Câmara dos Deputados, aguarda ser submetida à deliberação do plenário.

A natureza *ius cogens* das normas gerais de direito internacional resultaria da necessidade de imprimir maior eficácia a princípios fundamentais e essenciais à dignidade da pessoa humana e a garantir uma convivência pacífica entre os Estados. Assim como no direito interno há preceitos de ordem pública que se impõem limitando a vontade das partes, igualmente no âmbito do direito internacional o caráter impositivo, cogente, não meramente dispositivo das normas de *ius cogens* limitariam a vontade soberana do Estado. Assim, o *ius cogens* tem sido concebido como fonte do direito internacional.

Robledo chama a atenção para a circunstância que as disposições da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados acerca do *ius cogens* revelam mais uma vitória do positivismo do que uma solução para a questão. O renomado internacionalista alerta para a circunstância de que a aceitação e o reconhecimento se distinguem da criação, pois pressupõem algo que preexiste, que se reconhece, que se aceita:

“... De modo, pues, que las normas imperativas bien pudieran ser de derecho natural, sólo que, para imponerse en la práctica, tiene que pasar por la aceptación y reconocimiento de la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Lo que lograron los positivistas, eso sí, fue que las normas imperativas, sea cual fuere su origen, han de ser positivizadas por la aceptación y reconocimiento de los Estados, para

poder entrar en circulación, pero no por esto se ha resuelto la cuestión del origen último de tales normas. La discusión podrá ser interminable, porque de una y otra parte podrá pretenderse, con visos de verosimilitud, esto o lo outro.” (ROBLEDO, 1984, p. 520)

Deveras, depara-se aqui, uma vez mais, com a idéia de reduzir o direito à norma escrita, como se a positivação possuísse o condão de imprimir o reconhecimento das normas de *jus cogens* por parte dos Estados. Basta ver, a propósito, a situação do Brasil, onde a convenção que estabeleceu a pretensão de normas internacionais vinculadas à concepção sequer ainda foi incorporada. Daí porque prossegue Robledo (1984, pp. 520/521) afirmando que:

“En el estado actual de mi meditación sobre este punto, yo diría que hay dos especies de *ius cogens*: un *ius cogens* naturale, aunque positivizado, si ha de entrar en circulación, y un *ius cogens positivum*, positivo de origen, en tanto que el primero es positivo por incorporación al corpus iuris positivum.

En ciertos casos podrá ser difícil el deslinde entre una y otra de las dos especies sobredichas; en otros, por el contrario, de lo más fácil. La prohibición de la esclavitud, del genocidio, por ejemplo, son con toda evidencia, normas *iuris cogentis naturalis*, mientras que la actual condición de los fondos marinos, que han sido declarado patrimonio común de la humanidad, es, a mi parecer, *ius cogens positivum*, que ha nacido por un acto constitutivo de la comunidad internacional, y no meramente declarativo, como en el *ius cogens* de la primera especie.” (ROBLEDO, 1984, pp. 520 – 521).

Sob estas duas vertentes, conclui Robledo ser plenamente possível em razão do mandamento vazado no art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, divisar-se a existência do *ius cogens* sem

que seja necessário recorrer-se ao direito natural. De fato, os exemplos de que se valeu são profundamente esclarecedores de norma geral de Direito Internacional de caráter vinculativo e cogente que preexiste a positivação – e por isso são apenas declaradas, quando positivadas – bem como de normas gerais criadas, portanto antes inexistentes, e que se impõem vinculando a atuação dos agentes no cenário internacional em face da essencialidade para uma convivência digna.

Merece destacar o impulso impingido à concepção doutrinária pelo comando vazado no art. 94 da Constituição dos Países Baixos, neste estudo já transcrito, que reconhece a primazia das normas de direito internacional público *com efeito vinculativo geral* sobre a legislação interna.

Constituindo-se normas *ius cogens* os Direitos Humanos fundamentais preexistem, vinculam e compelem a atuação dos Estados, numa visão extradogmática do direito, e ainda que positivados em tratados erigem-se com caráter supraconstitucional.

Enquanto, todavia, se trabalhar sob o ranço de uma concepção absoluta de soberania, sem dúvida será muito difícil esta proposição – que é erigida em defesa da efetividade dos Direitos Humanos – adquirir foros de aceitabilidade. Por ora, ainda é grande a resistência de imprimir fundamentabilidade aos tratados de Direitos Humanos até mesmo como norma constitucional, como se verá mais adiante ao se enfrentar a matéria em face da Constituição brasileira.

3. Os Parágrafos 1º e 2º do Art. 5º da Constituição Brasileira

A influência da Constituição portuguesa na elaboração da Carta brasileira de 1988 é patente nas questões ora em estudo. Deveras, o simples cotejo do art. 4º e dos

§§ 1º e 2º do art. 5º com os dispositivos da Carta de Portugal antes transcritos¹³ não permitem outra conclusão.

Não obstante, a recepção das normas internacionais consagradoras de Direitos Humanos não tem obtido da doutrina e jurisprudência brasileiras um tratamento voltado para assegurar a fundamentabilidade material de tais direitos. Basta perceber o dissenso doutrinário acerca do alcance do preceito vazado nos parágrafos primeiro e segundo do art. 5º da Constituição.

Equacionando a matéria, impende conferir que o § 2º do art. 5º da Constituição brasileira estabelece que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Significa dizer, desde aí, que se o Brasil celebra um tratado, vale dizer, é parte de um tratado que verse sobre Direitos Humanos e que amplie o rol dos direitos estabelecidos na Carta, esse tratado se incorporaria ao sistema jurídico pátrio como norma materialmente constitucional porque definidora de direitos.

A incorporação desse tratado, de sua parte, em razão do mandamento vazado no § 1º do mesmo artigo, independeria dos procedimentos estabelecidos para a introdução do tratado, como norma de direito internacional, no plano interno. É que, confira-se, pelo disposto nesse último comando normativo, “as normas definidoras de direito fundamental têm aplicação imediata”.

Assim, concluída a celebração do tratado e o Brasil sendo nele parte, não haveria de se cogitar de ratificação pelo Congresso Nacional, nem promulgação pelo Presidente da República, porque a recepção da norma de direito internacional decorreria do comando emergente do § 2º do art. 5º e sua aplicabilidade se daria de

forma imediata, sem, como se afirmou, a exigência dos procedimentos voltados para imprimir fundamento de validade interna aos tratados, adotados pela Carta na dicção do art. 49, I, norma agasalhada pela doutrina dualista não admitindo que a norma do direito internacional possa ser aplicada internamente com o mesmo fundamento de validade do direito internacional, necessitando, desde aí, da manifestação política do Estado para que possa ter validade em seu território.

Convém perceber que a norma vazada no § 1º do art. 5º encontra-se guarnecida pelo matiz kelseniano da doutrina monista com primazia do direito internacional sobre o direito interno – monismo internacionalista – o que permite a aplicabilidade direta e imediata do tratado.

Admitir a integração da Constituição com os tratados que versem sobre Direitos Humanos, que seriam dotados de eficácia desde sua celebração, como já se assentou, ainda não goza de foro mais amplo na doutrina brasileira, muito menos na jurisprudência, mas, sem dúvida, avulta-se o caminho apropriado para imprimir fundamentabilidade aos Direitos Humanos proclamados em tratados celebrados pelo Estado brasileiro. Vozes neste sentido, não obstante, já se levantam, sendo certo que o dissenso volta-se mais para o campo da aplicabilidade imediata, já se admitindo, em maior escala a incorporação dos direitos previstos em tratados como normas constitucionais.¹⁴

A despeito da boa indicação doutrinária, na Suprema Corte a matéria obteve direcionamento pela vertente oposta. Com efeito, mais de uma vez, o STF enfrentou o problema da aplicação de tratado de direitos humanos em face do direito interno. Numa destas oportunidades, o debate foi suscitado quando se deparou com a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que impingiu tutela

contra a despedida arbitrária. Note-se que este tratado foi celebrado e incorporado pelo Estado brasileiro. Todavia, sob fundamentos, entre outros, que a estabilidade no emprego depende de lei complementar nos termos do art. 7º, I, da Carta, o STF não admitiu que um tratado pudesse ser incorporado como lei complementar, quando, segundo a Suprema Corte, tradicionalmente, no sistema jurídico brasileiro os tratados são incorporados como lei ordinária¹⁵.

Observe-se que neste julgamento foi imprimida uma densidade normativa ao art. 7º, I, que lhe deferiu maior relevância em detrimento do comando emergente do art. 5º, § 2º, da Carta. Posições contrárias, todavia, expendem-se dos votos vencidos dos ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Sepúlveda Pertence, sob vários fundamentos, inclusive sob a perspectiva do monismo internacionalista e da possibilidade da Convenção nº 158 da OIT se encontrar incorporada como lei complementar.

A posição do STF pode ainda ser divisada quando enfrentou a prisão civil de depositário infiel em face do Pacto de São José da Costa Rica. Aqui, em várias oportunidades, sustentou a Suprema Corte que tratado somente pode ser incorporado como lei ordinária, permitindo a conclusão de que o artigo 7º, inciso 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ao estabelecer a possibilidade de apenas uma hipótese de prisão civil: aquela do devedor de prestação alimentícia, não se encontra recepcionado em face da Constituição prescrever prisão civil para o devedor de prestação alimentícia e para o depositário infiel (art. 5º, LXVII).

Admitir-se a recepção em respeito ao § 2º do art. 5º, implicaria, nesta hipótese, anuir que aquele tratado possuiria o condão de derogar o preceito constitucional do art. 5º, LXVII. E, isso, segundo a Suprema Corte se avulta inadmissível porque

“Os compromisso assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§ 2º do art. 5º da Constituição) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição; por esta razão, o art. 7º, nº 7, do Pacto de São José da Costa Rica (“ninguém deve ser detido por dívida”): “este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”) deve ser interpretado com as limitações imposta pelo art. 5º, LXVII, da Constituição.”¹⁶

Em razão da motivação deduzida pela Suprema Corte, uma indagação se impõe: Estaria, na hipótese, o compromisso assumido pelo Estado brasileiro, em tratado internacional de que é parte, minimizando o conceito de soberania do Estado-povo? A resposta, com a devida vênia, é negativa. O raciocínio é exatamente o contrário.

Ora, é postulado das sociedades políticas democráticas o de que “todo poder emana do povo”. Diferentemente não o é no Estado brasileiro onde sua Carta Política faz vazar expressamente este preceito (art. 1º, parágrafo único). Na verdade, está-se diante de preceito que num Estado de Direito Democrático não precisa sequer está insculpido de forma explícita porque se trata de norma de natureza supraconstitucional, que ao lado das consagradoras de Direitos Humanos situam-se no âmbito do que está se convencionando chamar no direito internacional de *ius cogens*, ou, como já se viu, trata-se de preceitos erigidos em defesa da proteção da dignidade da pessoa humana que, em razão de sua essencialidade para a existência digna teriam o condão de se erigir com caráter *erga omnes* e pautariam, ainda que em caráter extradogmático, as ações do Estado estabelecendo atitude mais vinculativa do que dispositiva da parte destes em relação à satisfação de seus conteúdos.

Permite-se concluir, desde aí, que até o exercício do poder constituinte originário encontraria limitação nas normas supraconstitucionais de caráter *ius cogens*. Decorrentemente, não há como não admitir que a vontade soberana do povo brasileiro está vazada na Constituição no sentido de admitir que os tratados que versem sobre direitos humanos estão incorporados ao sistema jurídico pátrio como norma de natureza constitucional (art. 5º, § 2º) e, digase de passagem, não como qualquer norma de natureza constitucional, senão como norma materialmente constitucional o que traz reflexos em relação à fundamentabilidade formal de tamanha importância.

Assim, como corolário, é forçoso admitir-se que o art. 7º, inciso 7, da Convenção Interamericana de Direito Humanos está recepcionado no sistema jurídico brasileiro como norma constitucional, por força do comando emergente do art. 5º, § 2º, da Carta, em satisfação da vontade da soberania popular expressada em assembléia constituinte. E, em decorrência, autoriza-se concluir que a nova norma constitucional derogou a norma constitucional anterior, ou seja: aquele dispositivo do tratado revogou parcialmente o inciso LXVII do art. 5º da Constituição, de modo a ter-se como certo que no Estado brasileiro existe, agora, apenas uma espécie de prisão civil por dívida: a do devedor de prestação alimentícia pelo inadimplemento voluntário e inescusável.

Vê-se, sob tal contextura, que o viés para solucionar a questão não se encontra no fundamento da soberania, que no entender da Suprema Corte não pode ser minimizado. Enxerga-se, ao contrário, que a soberania resta fortalecida ao se imprimir eficácia ao dispositivo constitucional cujo conteúdo expressa a vontade popular soberana. Essa interpretação, convém notar, além de satisfazer o fundamento da

soberania (art. 1º, I e parágrafo único), volta-se para igualmente satisfazer outro fundamento de igual ou maior importância: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).

Sem dúvida alguma, a razão de ser do próprio Estado e de sua soberania, não deve ser outra senão proporcionar uma vivência digna para o homem. Permitir o desenvolvimento de todas as aptidões inerentes à personalidade a fim de assegurar que se viva plenamente. Daí porque, atento a tal circunstância, Bonavides (2001, p. 233) ressalta a hegemonia do princípio da dignidade da pessoa humana fazendo ver que:

“Toda a problemática do poder, toda a porfia de legitimação da autoridade e do Estado no caminho da redenção social há de passar, de necessidade, pelo exame do papel normativo do princípio da dignidade da pessoa humana. Sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser, portanto, máxima, e se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados”.

Deveras, há sentido falar em soberania se o seu exercício estiver voltado para imprimir conteúdo material ao fundamento da dignidade da pessoa humana, o que efetivamente só se pode conceber no âmbito de uma constituição aberta voltada como defende Canotilho (1992, p. 510) para a realização plural de todo o sistema constitucional, que possibilite o pleno desenvolvimento do homem.

Não é por outra razão que a opção da Suprema Corte pelo veio da formalidade dogmática em defesa da soberania, erige-se, também, em descompasso com a tendência globalizante que torna cada vez mais o homem sujeito de direito internacional, redundando por desprestigiar ainda mais a soberania popular que, nos termos

do art. 4º, II, da Constituição, impele a atuação do Estado brasileiro voltada para a prevalência dos direitos humanos.

A posição que está prevalecendo na Suprema Corte redundando por hipertrofiar o conceito de soberania em detrimento da dignidade da pessoa humana e resulta, sem dúvida, de uma visão dogmática que reduz o direito a normas explícitas. Com isso fecha-se a Constituição, impedindo que a ação da jurisprudência funcione como mecanismo propulsor de uma expansão do fenômeno da mutação constitucional, significando a alteração da constituição sem a atuação do poder constituinte derivado.

É por desconsiderar essa visão que aqueles que ostentam a posição contrária defendem que a incorporação dos tratados consagradores de direitos humanos necessitaria ocorrer através de emenda constitucional, como, aliás, pode-se ler em votos vencedores nas decisões da Suprema Corte sobre a matéria, aqui antes reportadas.

Essa tendência nefasta de reduzir o direito à norma explícita, de fato, obriga da parte dos operadores que a adotam, comportamento da espécie. Assim, quando se deparam com uma hipótese em que a norma não se encaixa tal qual a mão à luva, ou ainda quando a luva aperta, pior ainda, quando não há luva – quer-se dizer, quando não há moldura normativa – sentem uma dificuldade tamanha de trabalhar cientificamente o direito, de decidir, e outra não é a opção senão conduzir a questão para o caminho da legalidade formal, fugindo de uma concepção extradogmática do Direito, e daí a necessidade de se defender proposições *de lege ferenda*, ainda que *de lege ferenda constitucionalis*, como se fez no STF ao sustentar a viabilização de incorporação dos tratados em estudo, desde que através de emenda constitucional.

O veio dogmático, uma vez mais, sagrou-se vencedor.

4. O § 3º do Art. 5º acrescido pela Emenda Constitucional nº 45: O Décimo Segundo Camelo de Luhmann

A Emenda Constitucional nº 45, acrescentou o § 3º ao art. 5º. O dispositivo acrescido encontra-se assim vazado: “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”. Como se vê, prevaleceu, como aqui neste estudo se divisava, o veio do dogmatismo clássico, sob a tendência ainda dominante de reduzir o direito à norma escrita. O constituinte derivado seguiu a orientação da Suprema Corte para apenas admitir que se integraria ao sistema jurídico como norma constitucional os tratados de direitos humanos que forem aprovados com a mesma formalidade exigida para a emenda à Constituição. Com efeito, a aprovação em cada casa em dois turnos de votação e com o quorum de três quintos constituem limitações formais de natureza procedimental impostas ao exercício do poder constituinte derivado conforme estabelece o § 2º do art. 60 da Carta.

Confira-se, na dicção do dispositivo acrescido, o receio untado no ranço dogmático, que sente dificuldade em afirmar que o tratado é incorporado como norma constitucional. É, de fato, uma linguagem forte para quem não rompeu a estrutura científica clássica do direito. Por isso, após estabelecer que a aprovação do tratado ocorrerá com as mesmas exigências formais estabelecidas para a edição de emenda, a norma se torna redundante quando afirma o óbvio na expressão etimológica que fecha a proposição: “serão equivalentes às emendas constitucionais”. O que o constituinte quis dizer e teve receio é que “Os tratados e convenções internacionais

sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, integram a Constituição”. Esta seria a melhor roupagem filológica da norma na verdade despidianda.

De qualquer modo, do dispositivo acrescido se extrai a ilação de que o tratado, ainda que consagre direitos humanos, não será incorporado à Constituição quando não obedecidas as exigências procedimentais estabelecidas para o exercício do poder constituinte derivado, hipótese em que será incorporado como lei ordinária se assim desejar o Congresso Nacional. Esse tratamento da matéria alinha-se àquele imprimido pela Constituição da Argentina (conferir nota 11).

Nessa altura da análise, uma indagação se impõe: seria efetivamente necessária a norma acrescida? Ela redundou por imprimir uma maior abertura da Constituição em defesa da integração dos tratados que consagrem Direitos Humanos.

Nesse diapasão, retomo uma vez mais o pensamento de Luhmann, sempre preocupado com o sentido de uma análise sociológica do Direito. Desta feita, propõe a seguinte questão:

“Um rico beduíno estabeleceu a sucessão por testamento a seus três filhos. A partilha foi estabelecida em torno de seus camelos. O filho mais velho, Achmed, deveria receber a metade. O segundo filho, Ali, ficaria com um quarto do previsto. O filho mais novo, Benjamin, teria apenas um sexto. Essa disposição [a princípio] parece [resultar] numa divisão desigual, arbitrária e injusta. [Porém,] ela corresponde mais exatamente ao valor proporcional dos filhos sob a perspectiva histórica de perpetuação do clã, e esta corresponde precisamente à alegria do pai com o nascimento de cada um deles: o segundo filho seria privilegiado somente no caso de o primeiro morrer sem

deixar descendente varão etc. Daí a proporção de diminuição das partes. Entretanto, e devido a imprevistos, o número [total] de camelos foi reduzido consideravelmente antes da morte do pai. [Assim], quando ele morreu, restavam apenas onze camelos. Como deveriam dividir? Ali [sic!]¹⁷ reivindicou sob protesto, seu privilégio de filho mais velho, ou seja, seus seis [camelos]. Porém, isto seria mais que a metade. Os outros [por isso] protestaram. O conflito foi levado ao juiz, o qual fez a seguinte oferta: eu ponho um camelo meu à vossa disposição, e vocês restituir-me-ão, se Alá quiser, o mais rápido possível. Com doze camelos a divisão ficou simples. Achmed recebeu a metade, quer dizer, seis. Ali recebeu seu quarto, sou seja, três. Benjamin não foi prejudicado recebendo seu sexto, ou seja, dois. Assim os onze camelos foram divididos e o décimo segundo pôde ser devolvido". (LUHMANN, 2004, pp. 33 –34).

O que indaga Luhmann é se o décimo segundo camelo seria necessário. Segundo ele a divisão confirma, como operação do sistema, a indivisibilidade do mesmo. Isso conduziria ao raciocínio de que o camelo desempenha uma função simbólica que expressa uma 'mais valia' para o sistema: existe sem existir! Ele (o camelo) tornou possível a operação de divisão, cujo resultado se processaria igualmente sem sua presença física.

O décimo segundo camelo, nessa conformidade, revela o fechamento operacional e, ao mesmo tempo, por mais paradoxal que possa parecer, a abertura do sistema jurídico, na exata medida em que ao operacionalizar sem que ele tenha sido nele introduzido, há necessariamente dele ser considerado como um elemento externo, uma referência, do mesmo modo que, admitir-se que sem o camelo o sistema não funciona, a clausura organizacional importaria, nesta vertente, a sua inserção, sob pena do sistema não ser operacionalizado.

A pergunta agora deve ser a seguinte: Não seria a disposição vazada no § 3º do art. 5º da Constituição tal qual introduzida pela Emenda Constitucional nº 45, o décimo segundo camelo?

Na verdade, ao invés de imprimir uma maior abertura cognitiva ao sistema, o § 3º acrescido, ao escopo de ensejar seu fechamento operacional, redundou, isso sim, por deflagrar um fechamento cognitivo que, definitivamente, não imprime maior fundamentabilidade aos Direitos Humanos, na medida em que a integração à Constituição dos tratados que consagram Direitos Humanos decorria de abertura cognitiva a partir do acoplamento estrutural vazado no § 2º do art. 5º, com uma única limitação: a de que o tratado não restrinja os direitos expressamente reconhecidos pela Carta. Agora, sob a irradiação dos efeitos do § 3º, que exige a integração com respeito às limitações procedimentais para edição de Emenda à Constituição, vê-se que ao invés de ensejar abertura, a disposição, na verdade, deflagra um fechamento cognitivo do sistema constitucional impondo dificuldades para a integração.

Com efeito, a norma acrescida imprime um fechamento operacional quando deveria se voltar para uma abertura cognitiva em defesa da fundamentabilidade dos Direitos Humanos, como o faz o parágrafo segundo. Em outras palavras, o que se quer dizer é que um tratado de Direitos Humanos era muito mais facilmente incorporado diante da abertura ensejada pelos §§ 2º e 1º do art. 5º, porque o era sem as exigências agora estabelecidas em decorrência do § 3º.

Decorre, desde aí, a inconstitucionalidade do § 3º acrescido, na exata medida em que, como norma de fechamento – impedindo a abertura cognitiva antes existente – redundou por restringir direitos e garantias, atingindo, dessa forma, o núcleo material irredutível do Estado (art. 60, § 4º, IV, da Carta).

Conclusão

O que se pretendeu com as incursões deduzidas neste estudo foi demonstrar que o sistema jurídico tem se expandido em relações de inter-referência, revelando-se cada dia mais aberto para a compreensão de que direito não é exclusivamente norma expressa.

Essa expansão, no campo do direito constitucional, tem conduzido a um rompimento de “linhas de fraturas” entre o próprio direito constitucional e o direito internacional, a ponto de, rompendo-se com antigos paradigmas, divisar-se nova concepção de constituição mercê de uma visão mais ampla do fenômeno jurídico em face da *alopoiese* jurídica.

A concepção do direito como um sistema aberto, inter-referente e hetero-produtivo permite que nele se albergue procedimentos extradogmáticos como a fundamentabilidade dos direitos humanos em nível de ordenação *ius cogens* ou, quando menos, em nível de norma constitucional. Deveras, a compreensão de um sistema jurídico aberto permite a recepção direta no direito brasileiro, em nível de norma constitucional, dos tratados que consagrem direitos humanos, em decorrência dos preceitos vazados nos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição, que admitindo a integração inter-referente e hetero-produtiva do sistema constitucional, acolhe essas normas como normas materialmente constitucionais, porque definidoras de direito, conquanto não formalmente constitucionais.

Com o preceito vazado no § 3º do art. 5º acrescido pela Emenda Constitucional nº 45 divisa-se o fechamento operacional do sistema, que perdeu sua abertura cognitiva. Todavia, os efeitos deflagrados pela nova norma expressa apenas podem atingir outros tratados que vierem a ser celebrados pelo Brasil, não possuindo o condão de ir-

radiar efeitos pretéritos em relação a tratados de direitos humanos que já haviam se integrado à Constituição em decorrência da abertura cognitiva vazada no § 2º do art. 5º, cuja disposição colide com a norma de fechamento, que se avulta, com isso, inconstitucional na medida em que restringe direitos e garantias (art. 60, § 4º, IV, da Carta).

A integração e a conseqüente hetero-produção do sistema constitucional a partir dos tratados que versem sobre direitos humanos decorre da essencialidade de tais direitos à existência de condições de vida digna revelando, desde aí, o caráter *ius cogens* de tais normas, que passam, com isso, a assumir hegemonia diante das normas internas em face do caráter imperativo, vinculatório, obrigatório, cogente e apto a vincular o processo de criação e aplicação normativa do Estado.

Como corolário, normas constitucionais que tais revogam ou derrogam as normas constitucionais anteriores desde que voltadas para satisfação do princípio da dignidade da pessoa humana, sem que se divise, aí, qualquer menoscabo à soberania do *Estado-povo*; já porque os preceitos vazados naqueles comandos constitucionais expressam a vontade popular que, em suma, é a que deve estar plasmada na opção e decisão jurídico-política a fim de que o direito posto, ainda que positivado e mercê de norma particular como a decisão judicial, seja realmente legítimo e, portanto, democrático; já porque, não se pode olvidar, de acordo com a Constituição, a soberania é tão fundamento do Estado brasileiro quanto a dignidade da pessoa humana (art. 1º, I e III) e o exercício daquela qualidade do poder do Estado apenas terá sentido em função da satisfação deste postulado básico da vida.

A posição contrária vem indiscutivelmente amparada na visão dogmática tradicional de reduzir o direito à norma,

sobremodo a norma escrita, não concebendo o direito como estrutura da sociedade (LUHMANN, 1983, p. 167), ou seja, um sistema estruturante dotado de sentido a partir de inter-referências com outros sistemas sociais como o político e o econômico. Coloca-se, ao contrário, o direito numa clausura organizacional onde toda legitimidade e operacionalidade do sistema decorreriam dele próprio, ou seja, a partir de auto-referência, o que tornaria o sistema jurídico hermeticamente fechado, ou por outra, auto-produtivo ou autopoietico.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício Leitão. *Filosofia do Direito e Dogmática Jurídica*. In: Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco. Recife: ESMAPE, junho/1996.
- _____. *Inautenticidade do pensamento dogmático na ciência do direito contemporâneo*. In: Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco. Ano 25/26, nº 25/26. Recife: 1983/84.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992.
- CORRÊA, Rossini. *Crítica da Razão Legal*. Têmis contra Sofia. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.
- FEITOSA, Raymundo Juliano. *Quinze anos da Constituição de 1988: O "fetichismo" como limite às possibilidades de concretização da Constituição Federal de 1988*. In: Constitucionando Direitos. 15 anos da Constituição brasileira de 1988. SCAFF, Fernando Facury (org.). Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2003.
- GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a Constituição Brasileira*. Belo Horizonte, Del Rey, 2002.
- KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2001.
- LOPES, Dalmy. In: Niklas Luhmann: *Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. ARNAUD, André-Jean e LOPES JR, Dalmir (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.
- _____. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- _____. *Introducción a la Teoría de Sistemas*. México: Universidad Iberoamericana, 1996.
- _____. *A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do sentido de uma Análise Sociológica do Direito*. In: Niklas Luhmann: *Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. ARNAUD, André-Jean e LOPES JR, Dalmir (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- MAIA, Alexandre da. *Autopoiesis versus prática procedimental: o falso dilema do Poder Judiciário*. In: Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco, v.4, nº 9, Recife: jan/jun 1999.
- MATURANA, Humberto R. e VARELA, Francisco J. *A Árvore do Conhecimento. As bases biológicas da compreensão humana*. São Paulo: Palas Athena, 2004.
- NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- ROBLEDO, Antonio Gómes. *Ius cogens y ius naturale*. In: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, ano XVII, nº 50, Instituto de Investigações Jurídicas: Universidad Nacional Autónoma do México: mayo/ago.1984.
- SOBOTA, Katharina. *Não mencione a norma!* In: Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife – UFPE, nº 7, Recife: Ed. UFPE, 1995, p.251, separata do *International Journal for the Semiotics of Law*, IV/10, 1991, traduzida por João Maurício Adeodato.

NOTAS

- ¹ Habermas, Jürgen. *Teoria de la Acción Comunicativa*. Madrid: Taurus, 02 vols, 1987, além de detalhamentos e expansão da teoria em várias outras obras.
- ² Luhmann, Niklas. *Introducción a la teoría de Sistema*. México: Universidad Iberoamericana, 1996, além de várias outras obras, entre elas, a *Sociologia do Direito*, publicada no Brasil pela editora Tempo Brasileiro, 1983, 02 vols.
- ³ Neves, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil: Uma reconstrução do Estado Democrático de Direito a partir e além de Luh-

mann e Habermas. Extrato de tradução inédita, p. 36, cedido pelo próprio autor.

⁴ LADEUR, Kark-Heinz. *Perspektiven einer post-modern Rechtstheorie*. Zur Auseinandersetzung mit N. Luhmanns Konzept der *Einheit des Rechtssystems*, in: *Rechtstheorie* 16 (Belin: Duncker & Humblot), pp. 383 – 427, apud NEVES (1994, p. 126).

⁵ TEUBNER, Gunther. *Gesellschaftsordnung durch Gesetzgebungslärm? Autopoietische Geschlossenheit als Problem für die Rechtssetzung*, in: D.Grim e W. Maihofer (orgs). *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtslehre 13)*. Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 45 – 64, apud NEVES, idem, p.127.

⁶ Rossini Corrêa registra que “Até o presente estágio da humanidade, todas as proposições jurídicas foram, mais ou menos, unificadoras (no discurso) e conformadoras (na prática)”. Reconhecendo que os Direitos Humanos devem ser “uma força real de unificação do mundo fragmentário”, projeta a experiência jurídica sob múltiplas disjunções: ECONÔMICA (Proprietário x Não-proprietário); SOCIAL (Incluídos X Excluídos); JURÍDICA (Com Direitos x Sem Direitos); POLÍTICA (Governantes x Governados); e IDEOLÓGICA (Emissores x Receptores). (CORRÊA, 2004, pp. 86- 87).

⁷ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, pp. 90 e 1352.

⁸ DÍAZ, Elias. *Sociologia y Filosofia del Derecho*. Madrid: Taurus, 2ª edición, p. 203, apud Feitosa (2003, p. 251).

⁹ A legitimação do direito pelo procedimento tem sido o marco de uma teoria material da democracia. Nesse sentido conferir Luhmann em *Legitimação pelo procedimento*. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1980. Efetivamente, a processualização tanto do ato administrativo, quanto dos atos jurídicos privados tem sido o toque da moderna concepção democrática, quando se divisa nessa processualização o espaço de discussão apropriado para afluir elementos legitimadores. Ilustrando, considere-se que os sistemas jurídicos modernos expungiram quaisquer distinções entre filhos havidos na constância do casamento ou fora dele. Legitima-se, com isso, aquele que age, que procede

como pai, ou, quando menos, que assim deva agir ou proceder. Afastam-se, assim, dogmas ou rotulações normativas colocando-se o direito em maior contato com a vida.

¹⁰ Para Luhmann (1980, p. 120) a autofagia do direito, sob tal conformação, pressuporia “defender um direito totalmente alterável [que] parece ser tão absurdo quanto tentar construir com pedras líquidas e não sólidas. Não existe.”

¹¹ Vale conferir, nesse sentido, as seguintes disposições: Constituição da Alemanha: “Artigo 24 Organizações internacionais 1. A Federação pode transferir, por via legislativa, direitos de soberania para organizações internacionais. 1 a. Sempre que os Estados federados corresponda o exercício de competências e o cumprimento de funções estatais, podem, com a aprovação do Governo Federal, transferir direitos de soberania para instituições transfronteiriças. 2. Com o fim de manter a paz, a Federação pode aderir a um sistema de segurança coletiva recíproca, aceitando restrições aos seus direitos de soberania que promovam e assegurem uma ordem pacífica e duradoura na Europa e entre os povos do mundo...Artigo 25 Direito Internacional Público e Direito Federal As normas gerais do Direito Internacional Público são parte integrante do Direito Federal, prevalecem sobre as leis e constituem fonte de direitos e obrigações para os habitantes do território federal”. Constituição da Áustria: “Artigo 9. 1. As normas geralmente reconhecidas do Direito Internacional são parte integrante do ordenamento federal. 2. Através de lei ou tratado internacional, autorizado conforme o disposto no ponto 1 do artigo 50, podem transferir-se direitos de soberania da Federação para instituições interestaduais e para os seus órgãos e regular no âmbito do Direito Internacional a atividade dos órgãos do Estado estrangeiro no território nacional, bem como a de órgãos austríacos no estrangeiro”. Constituição da Espanha: “Artigo 10 2. As normas relativas aos direitos fundamentais e às liberdades que a Constituição reconhece serão interpretadas de acordo com a Declaração dos Direitos do Homem e os tratados e acordos internacionais sobre as mesmas matérias ratificadas por Espanha.” Constituição da França: “Artigo 55 Os tratados e acordos regularmente ratificados ou aprovados possuem, desde a pu-

blicação, autoridade superior à das leis, sob reserva, em cada caso, de aplicação pela outra parte” Constituição da Itália: “Artigo 10 A ordem jurídica italiana conforma-se com as regras do Direito Internacional geralmente reconhecidas... Artigo 11 A Itália repudia a guerra como meio de ofensa à liberdade dos outros povos e como meio de resolver as controvérsias internacionais; consente, em condições de paridade com outros Estados, nas limitações de soberania necessárias para um ordenamento que assegure a paz e a justiça entre as nações; promove e apóia as organizações internacionais que visam esse objetivo”. Constituição dos Países Baixos: “Artigo 90 O Governo promove o desenvolvimento da ordem jurídica internacional. Artigo 91. 1. O Reino não ficará vinculado por tratados nem estes poderão ser denunciados sem a aprovação prévia dos Estados Gerais. A lei determina os casos em que esta aprovação não é necessária. 2. A lei determina o modo como é concedida a aprovação e pode prever a possibilidade de aprovação tácita. 3. Quando um tratado incluiu disposições contrárias à Constituição, as Câmaras não podem dar a sua aprovação sem, pelo menos, dois terços dos votos expressos. Artigo 92. Podem ser atribuídas por tratado, ou em virtude de um tratado, competências legislativas, administrativas e judiciais a organizações de Direito Internacional Público, observando, se necessário, o disposto no artigo 91, número 3. Artigo 93 As normas dos tratados e as resoluções das organizações de Direito Internacional Público com conteúdo vinculativo geral só têm eficácia cogente após a sua publicação. Artigo 94. As disposições legais em vigor no Reino não são aplicáveis se a sua aplicação não for compatível com as normas dos tratados ou as resoluções das organizações de Direito Internacional Público com efeito vinculativo geral”. Observa-se, de um modo geral, a preocupação com a vivência dos direitos humanos é o norte que tem guiado as constituições que se expandem para recepcionar normas de Direito Internacional nesse sentido. De um modo geral, as cartas não têm hesitado em transferir soberania para órgãos internacionais ou supranacionais e o fazem, com efeito, sob os auspícios de imprimir uma maior tutela aos direitos humanos e para, efeito do compar-

tilhamento da soberania, permitir a união mais duradoura entre os Estados, agora sob um vínculo de natureza constitutiva como no caso dos Estados integrantes da União Européia. Constituição de Portugal: “Artigo 7º. nº 6. Portugal pode, em condições de reciprocidade, com respeito pelo princípio da subsidiariedade e tendo em vista a realização da coesão económica e social, convencionar o exercício em comum dos poderes necessários à construção da união européia. Artigo 8º (Direito Internacional) nº 1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português... nº 3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos... Artigo 16º nº 1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. nº 2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.” Constituição da Suécia: “Artigo 5 O Parlamento poderá transferir o poder decisório para as Comunidades Européias sempre que estas assegurem uma proteção de direitos e liberdades equivalente às oferecidas pelo presente Instrumento de Governo e pela Convenção Européia de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. O Parlamento decidirá sobre este tipo de transferência através de uma resolução, que deverá obter o voto favorável de três quartos, pelo menos, dos votantes. A resolução do Parlamento poderá também ser aprovada através do procedimento estabelecido para a aprovação de uma lei fundamental. Nos restantes casos, os poderes de decisão baseados diretamente no presente Instrumento de Governo, ou que tenham como objeto a aprovação de normas, a aplicação de recursos do Estado, a conclusão ou, conforme o caso, a denúncia de tratados ou obrigações internacionais, poderão ser transferidos, de forma limitada, para uma organização internacional de cooperação em favor da paz a que o Reino tenha aderido, ou vá aderir, ou para um tribunal internacional. Neste ponto, não se

poderá transferir qualquer poder de decisão que tenha como objeto a aprovação, modificação ou revogação de alguma lei fundamental...” Constituição do Uruguai: “Art. 72 – A enumeração dos direitos, deveres e garantias expressos nesta Constituição, não exclui outros que são inerentes à personalidade humana ou derivem da forma republicana de governo.” Constituição da Argentina: “Artículo 33 – Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno. Artículo 75 – Corresponde al Congreso: 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y com las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deveres del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de jerarquía constitucional.” Constituição do Paraguai: “Artículo 45 – De los Derechos y Garan-

tías no enunciados. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en estas Constituciones no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía. Artículo 137 – De la Supremacía de la Constitución La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado.”

¹² O autor refere-se ao art. 53 da Convenção assim vazado: “É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.” Já o art. 64, dispõe sobre a superveniência de uma norma de *ius cogens* prescrevendo que “Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se.” As consequências dessa nulidade estão disciplinadas no art. 71 de modo a fazer prevalecer a nova norma, destacando-se, de acordo com a alínea “b” do inciso I que as partes são obrigadas a “adaptar suas relações mútuas à norma imperativa de Direito Internacional geral.”

¹³ Conferir na nota nº 11.

¹⁴ Nesse sentido, vale conferir: 1º) CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na proteção aos Direitos Humanos, *in A Incorporação das Normas Internacionais de proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro*. San Jose de Costa Rica/Brasília: 1996, Ed. Cançado Trindade, pp. 205 – 236; 2º) PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São

Paulo: Max Limonad, 2002, pp. 75 – 120; 3º) PIOVESAN, Flávia. *Globalização Econômica, Integração Regional e Direitos Humanos*, in PIOVESAN, Flávia (Coordenadora). *Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional. Desafios do Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002, pp. 39 – 75; 4º) MELLO, Celso D. de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal, in TORRE, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 25-26; 5º) GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira*.

Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pp.249 – 321; e 6º) MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais. Estudo analítico da situação e aplicação do Tratado na Ordem Jurídica Brasileira*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001, pp. 233 – 325.

¹⁵ ADI 1480 MC/DF, rel. Ministro Celso de Mello, DJ de 18.05.2001.

¹⁶ excerto da ementa do HC 73044/SP, de relatoria do Min. Maurício Correia, DJ de 20.09.96.

¹⁷ O tradutor alerta para o fato de que Luhmann fez uma pequena confusão, uma vez que o filho mais velho é Achmed.