

DIREITOS HUMANOS E CONSTITUIÇÃO. O “novo” da EC 45/04*

Jose Luis Bolzan de Moraes**

NOTAS PRELIMINARES E CIRCUNSTANCIAS À EC 45/04

Este trabalho pretende, recuperando algumas questões pontuais acerca do tema Direitos Humanos e Constituição e seus vínculos, oferecer uma primeira reflexão acerca das implicações advindas com a promulgação da Emenda Constitucional 45/04, no que respeita à inclusão de uma nova garantia constitucional – LXXVIII - e dos §§ 3º e 4º no art. 5º da Carta Política brasileira de 1988, assim como outros aspectos que dialogam com esta temática, em particular quanto à referida “federalização” do trato jurisdicional da matéria com a inclusão, no art. 109 da Carta Política, de um inciso V-A e um § 5º, além da determinação contida no art. 7º desta Emenda à Constituição.

Os resultados apresentados pela EC 45/04, passados mais de uma década de debates parlamentares, sociais e doutrinários, acerca da Reforma do Judiciário, trouxe, nesta sua versão parcial, como referido acima, algumas questões que dialogam com um debate que tem ocupado as preocupações de cientistas sociais, juristas e operadores do direito, movimentos sociais e autoridades públicas de há muito.

O que se vê do conteúdo da reforma constitucional promovida, além dos seus limites restritos, é que a mesma não conseguiu tratar muitos dos aspectos que condicionam o debate acerca das formas e fórmulas para o tratamento dos conflitos sociais, enfrentando tradições arraigadas, interesses corporativos e injunções internas e internacionais que pretendem, na esteira (neo)liberal/capitalista, consolidar as suas “certezas” e “seguranças” compatíveis com seus investimentos e projetos.

De dentro ou de fora da função jurisdicional viu-se, ao longo destes anos, muitos foram os aspectos trazidos, os quais, em síntese muito justa, podemos relacionar:

A – Da perspectiva interna sobressaem as deficiências e insuficiências do modelo de tratamento jurisdicional de conflitos, com suas formas, fórmulas, mitos, rituais e linguagens;

* Este trabalho foi apresentado, originalmente, como comentários ao texto da EC 45/04, nos aspectos que dizem respeito às novidades inseridas no art. 5º da CF/88 e seus reflexos, publicado em conjunto com Walber de Moura Agra, Lenio Luiz Streck, George Salomão Leite e Agassiz Almeida Filho, pela Ed. Forense.

** Procurador do Estado do Rio Grande do Sul; Mestre (PUC/RJ) e Doutor (UFSC/Université de Montpellier I - França) em Direito do Estado; Professor de graduação e pós-graduação. Professor Associado do Doutorado em Sistemas Jurídico-Políticos Comparados da Universidade de Lecce – Itália; Consultor “ad hoc” da Escola Doutoral Tülio Ascarelli da Universidade de Roma Ter; Professores convidado nas Universidades de Roma Ter, Roma “La Sapienza”, Federico II – Napoli e Salerno, todas na Itália. Autor de: (1) *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais. O Estado e o Direito na Ordem Contemporânea* – 2ª edição no prelo, (2) *A Idéia de Direito Social* – 2ª edição no prelo, (3) *A Subjetividade do Tempo* e (4) *Mediação e Arbitragem. Alternativas à Jurisdição!* – 2ª edição no prelo, (5) *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos* (Col. Estado e Constituição), (6) *O Estado. E suas crises*, como organizador e, com Lenio Streck, (7) *Ciência Política e Teoria Geral do Estado* – em 5ª edição -, todos pela Livraria do Advogado de Porto Alegre e (8) *Costituzione o Barbarie*, Lecce (Itália), editora Pensa, além de outros trabalhos em livros e revistas especializadas. Pesquisador do CNPQ e da FAPERGS. Membro do Comitê de Ciências Humanas da FAPERGS. Consultor *ad hoc* do CNPQ, da CAPES e do MEC/SESU/INEP. Coordenador do Circulo Constitucional Euro-Americano (CCEUAM) e membro conselheiro do Instituto de Hermêutica Jurídica - IHJ.

B – Do viés externo percebem-se injunções políticas, econômicas e sociais, sobressaindo críticas acerca da morosidade, “incerteza” nas decisões afetando investimentos, crescimento quantitativo e qualitativo de litígios e, por consequência, de demandas, repercutindo, ainda, e por outro lado, uma demanda social reprimida seja em razão dos riscos presentes no autoritarismo brasileiro pré-88, seja pelo reconhecimento de direitos e alargamento da cidadania, da legitimidade processual e/ou da representação pública – via Ministério Público e Defensoria Pública – de interesses individuais e transindividuais.

Para dar conta da questão posta é necessário promover uma retomada do debate acerca do papel e das relações que desempenham e mantêm os direitos humanos e o constitucionalismo no e apesar do contexto contemporâneo de crise(s) e transformação(ões) dos modelos modernos de política e de regulação pautados pela centralidade do ente estatal como unidade de referência e instância máxima de poder, tal qual vimos refletindo, e.g., em nosso *Mediação e Arbitragem. Alternativas à jurisdição; As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humano*; como também na obra, por nós organizada, *O Estado. E suas crises*, todos pela Livraria do Advogado Editora, além de *Costituzione o Barbarie*, publicado na Coleção *Costitucionalismo Dificili*, pela Editora Pensa (Lecce – Itália), partindo, por óbvio, da recolocação em pauta do tema do acesso à justiça e ao direito, bem como à revisão do debate constitucional contemporâneo.

Para tanto é necessário que se fixe desde logo a opção que fazemos pela tomada paradigmática, ainda hoje, da idéia de Constituição como uma referência e *locus* fundamental para o reconhecimento e resgate da dignidade da pessoa humana como único valor apto a se constituir como referência universal, sem que isso signifique a absolutização das fórmulas e lugares onde e como tal resgate se deva promover.

Assim, o estudo aqui promovido, diversamente daqueles tradicionalmente realizados pela doutrina para a análise de um texto normativo novo, como no caso a EC 45/04, priorizará uma reflexão inaugural acerca de alguns aspectos que afetam a questão, apontando alguns tópicos fundamentais para a sua compreensão para, ao final, promover a análise dos aspectos aqui refletidos, sugerindo uma compreensão possível das questões postas. Ou seja, na primeira parte promoveremos uma revisão contextual do tema para, na segunda, construirmos uma atribuição de sentido ao texto da chamada Reforma do Judiciário no que respeita à questão dos direitos humanos nela tratada.

PARTE I – ACESSO À JUSTIÇA, DIREITOS HUMANOS E CONSTITUIÇÃO. PARA ENTENDER A EMENDA CONSTITUCIONAL 45/04

1. AS CRISES DO JUDICIÁRIO E O ACESSO À JUSTIÇA E AO DIREITO.

Para enfrentarmos esta temática já é tradicional retomarmos a proposta apresentada por Mauro Cappelletti e Bryan Garth para o trato das questões que o atingem.¹

¹ Ver, dos autores, *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: SAFE. 1988.

Separando em momentos distintos – ondas –, tais autores propuseram uma trajetória que nos apresenta o caminho perseguido por tal preocupação, que passa pela *incorporação dos pobres e dos hiposuficientes culturais, pelos novos interesses e pelos novos mecanismos de solução de controvérsias*.

Portanto, neste ponto devemos apenas fazer referência a que as preocupações relativas a esta interrogação permitiram que se colocasse em pauta o problema da *efetividade da prestação jurisdicional*, fazendo com que uma certa processualística, que incorpora interrogantes de cunho sociológico, tenha produzido algumas soluções no sentido de buscar alternativas para o caráter cada dia mais agudo e insuficiente das respostas dadas aos conflitos pelo aparato jurisdicional do Estado Moderno.

Deve-se ter presente, também, que as crises por que passa o modo estatal de dizer o Direito - jurisdição - refletem não apenas questões de natureza estrutural, fruto da escassez de recursos, como inaptações de caráter tecnológico - aspectos relacionados às deficiências formativas dos operadores jurídicos - que inviabilizam o trato de um número cada vez maior de demandas, por um lado, e de uma complexidade cada vez mais aguda de temas que precisam ser enfrentados, bem como pela multiplicação de sujeitos envolvidos nos pólos das relações jurídicas, por outro.

Assim, as crises da Justiça fazem parte de um quadro cada vez mais intrincado de problemas que são propostos à solução, tendo-se como paradigma a continuidade da idéia de Estado de Direito – e por consequência do Direito como seu mecanismo privilegiado – como instrumento apto, eficaz e indispensável para a solução pacífica dos litígios, e que se ligam umbilicalmente ao trato do problema relativo à transformação do Estado Contemporâneo.

Devemos, portanto, entender esta crise sob diversas perspectivas: uma que diz respeito ao seu financiamento – infra-estrutura de instalações, pessoal, equipamentos, custos - que dizem respeito não apenas aos valores (custas judiciais, honorários, etc...), efetivamente dispendidos, como também ao *custo diferido* que se reflete em razão do alongamento temporal das demandas -, remuneração, etc... – que nominamos **crise estrutural**.

Outra, diz respeito a aspectos pragmáticos da atividade jurídica, englobando questões relativas à linguagem² técnico-formal utilizada nos rituais e trabalhos forenses, a burocratização e lentidão dos procedimentos e, ainda o acúmulo de demandas. É a **crise objetiva ou pragmática**.

A terceira crise se vincula à incapacidade tecnológica de os operadores jurídicos tradicionais lidarem com novas realidades fáticas que exigem não apenas a construção de novos instrumentos legais mas, também, a (re)formulação das mentalidades, moldadas que foram para pretenderem funcionar a partir de silogismos lógicos neutralizados da incidência de uma pressuposição legal-normativa (suporte fático abstrato) a um fato ocorrido na realidade (suporte fático concreto). Ora, este mecanismo lógico formal não atende – se é que algum dia atendeu – às soluções buscadas para os conflitos

² Veja a respeito os trabalhos de Luis Alberto Warat, em especial *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: SAFE, 1984, hoje reunidos em coleção publicada pela Fundação Boiteux, de Florianópolis, SC.

contemporâneos, em particular aqueles que envolvem interesses transindividuais. É a **crise subjetiva ou tecnológica**.

Por fim, temos aquela crise que diz respeito em particular aos métodos e conteúdos utilizados pelo Direito para a busca de uma solução pacífica para os conflitos a partir da atuação prática do direito aplicável ao caso “*sub judice*”. O que se vislumbra aqui é a interrogação acerca da adequação de o modelo jurisdicional atender às necessidades sociais do final do século – e do milênio – em razão do conteúdo das demandas, dos sujeitos envolvidos ou, ainda, diante do instrumental jurpídico que se pretende utilizar – direito do Estado, direito social, ‘lex mercatoria’, costumes, equidade, etc... É a **crise paradigmática**.

Por outro lado, deve-se ter assente que, quando se fala em crise da Justiça, este tema está intrinsecamente ligado à crise do Estado e do próprio Direito, e quando se fala em um repensar das funções estatais diante das mesmas, automaticamente isto se projeta sobre seu braço ordenador, o Direito.³

O Estado, como instância central da regulação social, passou a orientar as condutas humanas enfrentando hoje, tanto em nível internacional, bem como em nível nacional, uma(s) crise(s) que o atinge(m) como um todo, e particularmente como expressão jurídica⁴, onde os mecanismos econômicos, sociais e jurídicos de regulação padecem de efetividade em decorrência dessa inevitável perda da soberania e autonomia dos Estados Nacionais (e.g., fenômeno da globalização) por um lado, como também pela quebra de suas instâncias e instrumentos de legitimação interventiva.

Tendo presente estas circunstâncias, o primeiro cuidado que devemos ter é o de tomarmos consciência de que, no *debate acerca da crise da administração da justiça*, além dos aspectos (infra)estruturais, devemos ter presente, como já dito acima, que a complexidade do mundo contemporâneo nos coloca frente a interesses que têm características totalmente diferenciadas - tais os individuais, os individuais homogêneos, os coletivos e os difusos -, o que aprofunda ainda mais o fosso que se apresenta entre a busca de respostas jurídicas suficientes e eficientes para equacionar as demandas e as possibilidades que as fórmulas tradicionais de solução de controvérsias dispõem para oportunizá-las.

É o próprio **modelo conflitual de jurisdição - caracterizado pela oposição de interesses entre as partes, geralmente identificadas com indivíduos isolados, e a atribuição de um ganhador e um perdedor, onde um terceiro neutro e imparcial, representando o Estado, é chamado a dizer a quem pertence o Direito** - que é posto em xeque, fazendo com que readquiram consistência as propostas de se repensar o modelo de jurisdição pela apropriação de experiências diversas, tais as que repropõem

³ O conflito entre as condições existenciais e as normas jurídicas vigentes propicia a perda da confiança nas soluções normatizadas, gerando a crise do direito. A crise do direito, como a crise das instituições relaciona-se com a inadequação da ordem jurídica às exigências de Justiça, em crescente insatisfação. Ver: KATO, Shelma Lombardi de. “A crise do direito e o compromisso da libertação”. In: *Direito e Justiça*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1994, p.172.

⁴ (...)incapaz de impor uma regulação social, e aprisionado entre um nível internacional mais coativo e um nível infranacional que procura libertar-se de sua tutela, o Estado se encontra em uma crise de legitimidade. (ROTH, André-Nöel. “O direito em crise: Fim do Estado Moderno?” In: FARIA, José Eduardo. *Globalização econômica implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 19. Ver, também: CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1997, em especial, pp. 112 e ss. Ainda: FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999

em pauta a idéia do consenso como instrumento para a solução de demandas, permitindo-se, assim, que se fale em um novo protótipo que nomeamos **jurisconstrução**, cuja caracterização pretendemos retomar a seguir⁵.

De um lado o *dizer o Direito* próprio do Estado, que caracteriza a jurisdição como poder/função estatal e, de outro, o *elaborar/concertar/pactuar/construir* a resposta para o conflito que reúne as partes.

Aqui, todavia, permanece a dúvida exposta por Cappelletti acerca da viabilidade de os modelos jurisdicionais tradicionais estarem aptos a lidarem com estes(as) objetos/pretenções, quais sejam os interesses coletivos e, particularmente, os difusos. Duas outras críticas ainda se podem apontar nesta matéria:

A *primeira* delas diz respeito às insuficiências das bases filosóficas sobre as quais se organizou a função jurisdicional na modernidade democrática, em especial aquelas que pretenderam uma purificação do conflito através de sua **limitação objetiva** - quanto ao seu conteúdo - e **subjéctiva** - quanto às partes envolvidas -, objetivando, assim, uma neutralização inconsistente, impondo aos atores envolvidos na lide terem presente a constante preocupação de sanear o processo, expurgando do mesmo tudo aquilo que a lei considera irrelevante para a solução do mesmo. Tal situação se aguçava contemporaneamente quando temos presente a incapacidade que tem o Estado de permanecer com a detenção do monopólio de produção e execução jurídicas.⁶

Apesar disso, não se pode negligenciar o conteúdo de muitas das garantias conquistadas e que estão vinculadas ao modelo de jurisdição estatal, o que aponta para a busca de um efetivo acesso à Justiça do Estado e suas garantias como o único caminho eficiente para assegurar as suas pretensões diante das diferenças marcantes entre as partes envolvidas nas relações sociais contemporâneas.

A *segunda*, e mais contundente, crítica que se pode apontar, diz respeito ao equívoco que se cometeria em pretender supor as relações sociais a partir de uma possível harmonia e de uma eventual conquista do consenso. Nada mais virtualmente ilusório do que imaginar uma sociedade que estivesse fundada no desaparecimento do conflito. Ao revés, é o conflito que constitui o social e faz parte da tradição democrática, estando na base mesma do Direito como instrumento de regulação das práticas sociais e da resolução dos litígios.

Assim sendo, o *poder da conciliação*, ao mesmo tempo em que aponta a reconstrução de laços conviviais, onde o conflito é reconstruído pela interação das partes, tem uma implicação simbólica de pretender referir uma sociedade na qual seja possível o atingimento utópico de uma paz social, como a "pax mercatoris"⁷ prometida pelos liberais clássicos.

Todavia, para os operadores do Direito, por um lado, as possibilidades propostas por mecanismos consensuais de reconstrução dos litígios, permitem supor o evitar as deficiências profundas - instrumentais, pessoais, de custos, de tempo, etc. - próprios à Grande Justiça - a jurisdição estatal -, como apontado acima, marcando, apesar das

⁵ Para o tema ver o nosso *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais*, passim.

⁶ Vide os textos de Jose Eduardo Faria e Celso Campilongo, anteriormente mencionados.

⁷ Talvez com a mesma simbologia e lógica da *lex mercatoris* apontada por J. E. Faria.

insuficiências, para alguns, um reforço das relações de cidadania, sendo privilegiado como instrumento apto a pôr fim a conflitos que se prolongariam ou teriam tratamento insuficiente/deficiente, caso fossem levados à jurisdição estatal nos moldes tradicionais, mas, por outro, supõem, para muitos, a aceitação acrítica destes métodos sem sequer considerar que esta temática necessita ser pensada em um quadro mais amplo no contexto dos projetos de reforma do Estado, em particular no que diz respeito ao que nominamos *funções do Estado Contemporâneo* - onde a saga privatista aparece como o virtual paraíso suposto por uma ética, quase religiosa, descompromissada(?) com os sofrimentos terrenos, transposta para o âmbito da Economia, do Direito e do Estado.

Assim, pensar um modelo consensual para as soluções de controvérsias pressupõe termos presente estas duas perspectivas - uma interna que apontaria para o seu viés democratizante, outra externa que refletiria os seus vínculos com um projeto de sociedade assentado na proposta (neo)liberal.

Apesar disso, neste momento é importante que tenhamos clareza quanto ao conteúdo de tais métodos.

Os novos-velhos métodos de solução de controvérsias revigorados, agora, como formas alternativas de solução de conflitos se põem na esteira de uma grande dicotomia suposta acima, que separa os **métodos heterônomos** dos **métodos autônomos** de solução de controvérsias.

Àqueles se vinculam dois modelos: o da *jurisdição estatal*, onde o Estado-Juiz decide coercitivamente a lide, e a *arbitragem* - retomada pela Lei 9307/96⁸ - na qual a um terceiro - árbitro ou tribunal arbitral -, escolhido pelas partes, é atribuída a incumbência de apontar a solução para o conflito que as (des)une⁹. São ditos, ambos, heterônomos pois assentam-se na atribuição a um terceiro do poder de dizer/ditar a solução/resposta, seja através do monopólio público-estatal, seja através da designação privada, muito embora, na arbitragem, esteja presente uma maior parcela de consenso, seja na opção pelo método, seja na escolha das regras a serem aplicadas, seja, ainda, na seleção do(s) árbitro(s).

Por outro lado, os modelos ditos autônomos revelam a pretensão de que os litígios sejam solucionados a partir da aproximação dos oponentes e da (re)elaboração da situação conflitiva sem a prévia delimitação formal do conteúdo da mesma através da norma jurídica. Assim, supõe-se a possibilidade de uma sublimação do mesmo a partir do compromisso das partes com o conteúdo da resposta elaborada por elas mesmas no embate direto que travam.

Ou seja: neste caso a solução do conflito provém não de uma intermediação externa pela autoridade do Estado-Juiz ou do árbitro que dita a sentença¹⁰, mas de uma confrontação explícita de pretensões, interesses, dúvidas, perplexidades, etc..., que permita às partes, neste processo de troca, ascender a uma solução consensuada,

⁸ Deve-se ter presente, e.g., que a arbitragem é também o mecanismo privilegiado para a solução de conflitos no âmbito do processo integracionista no MERCOSUL, cfe. se observa, em particular, do Protocolo de Brasília, que regulamenta a matéria.

⁹ Ver arts. 1º, 2º e 3º da Lei 9307/96

¹⁰ Ver Capítulo V da Lei 9307/96

apenas mediada pela figura de um terceiro cujo papel é o de facilitar os intercâmbios e não o de ditar a resposta (sentença), que vem previamente definida no texto legislado pelo Estado, de cuja aplicação está encarregado o Poder Judiciário, no caso da jurisdição, ou o que é definida pelo árbitro a partir das opções originárias dos envolvidos, no caso da arbitragem.

Compõem o conjunto deste método a mediação e a conciliação. Esta última - a conciliação - se apresenta como uma tentativa de chegar voluntariamente a um acordo neutro, na qual pode atuar um terceiro que intervém entre as partes de forma oficiosa e desestruturada, para dirigir a discussão sem ter um papel ativo. Já a mediação se apresenta como um procedimento em que não há adversários, onde um terceiro neutro ajuda as partes a negociar para chegar a um resultado mutuamente aceitável, a partir de um esforço estruturado que visa facilitar a comunicação entre os envolvidos, como se verá adiante.¹¹

Diante disso o que temos perante nós é o confronto que se estabelece entre uma tradição assentada em um modelo conflitivo de resolução de conflitos onde sempre teremos um ganhador e um perdedor - logo um satisfeito e outro descontente - que é próprio da tradição liberal e do modelo de Estado de Direito que lhe acompanha, e o crescimento de importância adquirido pelos métodos alternativos de solução de conflitos em razão mesmo das interrogações que se impõem pela rediscussão acerca da eficiência e suficiência do sistema jurisdicional proposta no âmbito do debate relativo à temática do acesso à justiça, como já exposto anteriormente.

Todos estes aspectos precisam ser considerados para a compreensão do conteúdo, dos limites e das perspectivas que se apresentam com a EC 45/04, sobretudo pela incorporação da nova garantia da *razoável duração do processo*.

2 OS DIREITOS HUMANOS

A preocupação com o tema dos direitos humanos está presente desde há muito tempo nos trabalhos jurídicos os mais variados.

Da mesma forma, para que se possa ter uma boa compreensão do tema mister é correlacioná-lo com o debate acerca da tradição do Estado moderno e, por óbvio, com suas crises.¹²

Assim, deve-se ter presente que tais questionamentos devem acompanhar as transformações que se operam nos conteúdos tidos como próprios dos mesmos.

¹¹ El mediador no actua como juez, pues no puede imponer una decisión, sino que ayuda a los contrarios a identificar los puntos de la controversia, a explorar las posibles bases de un pacto y las vías de solución, puntualizando las consecuencias de no arribar a un acuerdo. Por esos medios, facilita la discusión e insta a las partes a conciliar sus intereses. Plantea la relación en términos de cooperación, con enfoque de futuro y con un resultado en el cual todos ganan, cambiando la actitud que adoptan en el litigio en que la postura es antagónica, por lo que una parte gana y otra pierde. En la mediación todas las partes resultan ganadoras puesto que se arriba a una solución consensuada y no existe el resentimiento de sentirse "perdedor" al tener que cumplir lo decidido por juez. En definitiva, puede decirse que realmente 'la mejor justicia es aquella a la que arriban las partes por sí mismas', en tanto el haber participado en la solución toma más aceptable el cumplimiento... Ver: Elena Highton e Gladys Álvarez. *Mediación para Resolver Conflictos*. Buenos Aires: Ad-Hoc. 1995. pp.122-123.

¹² Como diz José Antonio López García, (...) una buena manera de estudiar los Derechos humanos, al menos desde el siglo XIX hasta nuestros días, consiste en verlos en conexión con la historia del Estado Moderno. Ver, do autor: *Los Derechos: entre la ética, el poder y el derecho*. In: GARCÍA, José Antonio López e REAL, J. Alberto del(eds.). *Los Derechos: entre la ética, el poder y el derecho*. P. 26. Ver, ainda, o nosso *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*.

Há quem os identifique por intermédio do valor privilegiado em seus conteúdos. Assim, teríamos os direitos de *liberdade*, os de *igualdade* e os de *solidariedade*, acompanhando as diversas gerações como acima explicitadas.

Por outro lado, não é suficiente o seu reconhecimento político-social, temos a necessidade de dar-lhes *eficácia jurídica e efetividade prática*, podendo-se agregar, neste aspecto, com José Eduardo Faria¹³, a idéia de que às diversas gerações pode-se atrelar o *maior compromisso de uma das funções do Estado – à cidadania civil e política* (1ª geração) atrelava-se, de regra, a *ação legislativa* pois bastaria o seu reconhecimento legal para a sua concreção por tratarem-se de liberdades negativas cuja intenção privilegia o caráter de não-impedimento das ações por parte do Estado; à *cidadania social e econômica* (2ª geração), a *ação executiva através de prestações públicas*, implicando em necessárias ações políticas promocionais; à *cidadania pós-material* (3ª geração), a *ação jurisdicional* em sentido amplo, garantindo a efetividade de seus conteúdos, através de uma atitude hermenêutica positiva e concretizante dos conteúdos constitucionalizados.¹⁴

Ou seja, os Direitos Humanos são *universais* e, cada vez mais se projetam no sentido de seu alargamento objetivo e subjetivo, mantendo seu caráter de temporalidade – não temporariedade. Sendo, portanto, *históricos*, não definitivos, exigindo a todo o instante não apenas o reconhecimento de situações novas, como também a moldagem de novos instrumentos de resguardo e efetivação. Preferimos dizer que se *generalizam* – ou difundem – na medida em que sob as gerações atuais observamos, muitas vezes, um aprofundamento subjetivo, a transformação ou a renovação (e.g. função social) dos conteúdos albergados sob o manto dos direitos fundamentais de gerações anteriores, além da especificação de novas dimensões¹⁵. Ou seja, da 1ª geração com interesses de perfil individual passamos a, na(s) última(s), transcender o indivíduo como sujeito dos interesses reconhecidos, sem desconsiderá-lo, obviamente¹⁶ - coletivos e difusos¹⁷.

¹³ José Eduardo Faria – *Direitos Humanos e Globalização Econômica. Notas para uma discussão*. Tal postura não pode significar que as demais funções do Estado não tenham nenhum tipo de comprometimento na medida em que, e.g., o desrespeito a qualquer deles enseja a utilização de remédios procedimentais construídos para dar conta destas situações, tais como o Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, Ação Civil Pública, Ação Popular, etc...

¹⁴ É de ver que não há, também neste aspecto, uma uniformidade conceitual, podendo-se referir autores que multiplicam as gerações de direitos humanos, a partir de concepções primárias dispares.

¹⁵ No âmbito deste trabalho é suficiente adotarmos uma distinção simplificada para entendermos os direitos fundamentais como sendo o catálogo positivado dos direitos humanos em uma certa ordem jurídica, o que, ao mesmo tempo que os identifica, pode diferenciá-los em razão da extensão quantitativa de uns e de outros. Ver adiante a questão da dialética entre internacionalização dos direitos humanos e constitucionalização do direito internacional.

¹⁶ Assim é que se pode falar, nos dias que passam, de uma multiplicação de gerações em razão de novos conteúdos próprios ao universo dos direitos humanos, tais como aquelas relacionadas com as questões ambientais, a paz, o desenvolvimento e, mais recentemente, aquelas ligadas à pesquisa genética - que dá origem a um novo ramo do direito, reconhecido como o biodireito - e à cibernética, o que só confirma a hipótese bobbianna da historicidade destas matérias, bem como de uma certa independência de umas em relação a outras na medida em que o aparecimento de uma nova geração não implica o desaparecimento de alguma das precedentes, embora possa redefiní-la, como já expresso. A este respeito ver nosso *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais. O Estado e o Direito na ordem contemporânea*.

¹⁷ Ver art. 1º da CFB/88. Sobre o conceito de Estado Democrático de Direito ver: BOLZAN DE MORAIS, *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais*, em especial capítulo I. Da mesma forma ver: BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis e STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado. O Estado Democrático de Direito* tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação *melhorada* das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e, passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública quando o *democrático qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também sobre a ordem jurídica*. E mais, a idéia de democracia contém e implica, necessariamente, a questão da solução do problema das condições materiais de existência...Assim, o Estado Democrático de Direito teria a característica de *ultrapassar* não só a formulação do Estado Liberal

Resumidamente poderíamos dizer, então, que os direitos humanos, como conjunto de valores históricos básicos e fundamentais, que dizem respeito à vida digna jurídico-político-psíquico-econômico-física e afetiva dos seres e de seu habitat, tanto daqueles do presente quanto daqueles do porvir, surgem sempre como condição fundante da vida, impondo aos agentes político-jurídico-sociais a tarefa de agirem no sentido de permitir que a todos seja consignada a possibilidade de usufruí-los em benefício próprio e comum ao mesmo tempo. Assim como os direitos humanos se dirigem a todos, o compromisso com sua concretização caracteriza tarefa de todos, em um comprometimento comum com a dignidade comum.

Pode-se dizer, então, que os direitos humanos, sendo universais, aparecem como uma construção teórico-jurídica que se suporta nas identidades comuns a todos.¹⁸

Ou, como diz Antonio Enrique Pérez-Luño, ou os direitos humanos são universais ou não o são tais, podendo ser tudo menos direitos humanos¹⁹. Todavia, como diz este autor, esta universalização não significa uma homogeneização dos indivíduos ou seus cotidianos²⁰.

Em razão disso é que se pode/deve fazer, ainda hoje e mesmo diante do fenômeno de des(re)construção da idéia moderna de Estado, a conexão entre o tema dos direitos humanos e o instrumento jurídico que lhe dá forma, a Constituição. É óbvio que sem que se perca de vista a sua própria crise.

3 DIREITOS HUMANOS E CONSTITUIÇÃO

Portanto, para enfrentarmos o problema dos direitos humanos é preciso, desde sempre e ainda hoje, que se recupere a importância das Constituições para, em particular, a história jurídico-política ocidental.

Não podemos abandonar a certeza de que, com os matizes que são necessários, o constitucionalismo desempenhou/desempenha - talvez por isso mesmo tantos se empenhem em desacreditá-lo ou fragilizá-lo - um papel fundamental, se não para o

de Direito, como também a do Estado Social de Direito - vinculado ao *welfare state* neocapitalista - impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de *transformação da realidade*. Dito de outro modo, o Estado Democrático é plus normativo em relação às formulações anteriores. Vê-se que a novidade que apresenta o Estado Democrático de Direito é muito mais em um sentido teleológico de sua normatividade do que nos instrumentos utilizados ou mesmo na maioria de seus conteúdos, os quais vêm sendo construídos de alguma data. De outro lado, podemos trazer a reflexão de Marcelo C. Galuppo, para quem o *Estado Democrático de Direito reconhece como constitutiva da própria democracia contemporânea o fenômeno do pluralismo e do multiculturalismo, recorrendo preferencialmente à técnica da inclusão do que da integração. Por isso mesmo o Estado Democrático de Direito não pode eliminar qualquer projeto ou qualquer valor, mas, ao contrário, deve reconhecer todos os projetos de vida, inclusive os minoritários, igualmente valiosos para a formação da auto-identidade da sociedade. Ver: Igualdade e Diferença...* pp. 20-21

¹⁸ *Los Derechos humanos expresan así aquello que es natural, común o universal a todos los individuos. Constituyen una construcción teórica (principalmente teórico-jurídica) basada en un modelo de sujeto (de Derecho) que se abstrae de las particularidades jurídicamente irrelevantes de cada cual para señalar las similitudes relevantes de todos.* Ver: GARCÍA, José Antonio López. *Los Derechos: entre la ética, el poder y el derecho*. In: GARCÍA, op. cit., p. 22.

¹⁹ (...) los derechos humanos o son universales o no son. No son derechos humanos, podrán ser derechos de grupos, de entidades o de determinadas personas, pero no derechos que se atribuyan a la humanidad en su conjunto. La exigencia de universalidad, en definitiva, es una condición necesaria e indispensable para el reconocimiento de unos derechos inherentes a todos los seres humanos, más allá de cualquier exclusión y más allá de cualquier discriminación. Ver: PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. *La Universalidad de los Derechos Humanos*. In: GARCÍA, José Antonio López e REAL, J. Alberto del(eds.). *Los Derechos: entre la ética, el poder y el derecho*. P. 66

²⁰ *En primer lugar, porque hablar del sujeto de los Derechos humanos, un sujeto universal y abstracto, no implica hablarlo todo del sujeto real cuya identidad moral le sigue perteneciendo en exclusiva. Y, en segundo lugar, porque sobre lo que versan los Derechos humanos es sobre la relación de cada individuo con los demás y, sobre todo, versan sobre la relación de cada individuo con la forma institucional surgida del pacto con los demás: el Estado. A la postre, es en relación con el Estado donde tienen sentido los Derechos humanos.* Id. *Ibid.*, p. 22

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 53-87, jul./dez. 2005

desenvolvimento, para o asseguramento de parâmetros mínimos de vida social democrática e digna²¹.

Por óbvio que nem sempre a formalização de um texto constitucional impediu que a prática política fosse desenvolvida em desacordo com a expressão contida na Carta Magna, da mesma forma que em muitos momentos esta não representou aquilo que se pretendia ser a materialização da *vontade política de um povo* - como expressou Dalmo Dallari²² - mas, pelo contrário, serviu para dar um véu de legalidade e legitimidade a um poder arbitrário - como ocorrido seguidamente, e.g., na história constitucional latino-americana em suas experiências burocrático-autoritárias²³.

Entretanto, tais circunstâncias históricas não podem, nem devem, permitir que se desconheça o significado estratégico do reconhecimento de pretensões legítimas do povo plasmadas em sede constitucional e que adquirem, assim, o caráter formal de normas constitucionais - especialmente no *constitucionalismo escrito* -, quanto mais quando adotada a fórmula das cláusulas pétreas como conteúdos imunes à ação das instituições constituídas, mesmo em sua ação transformadora do texto constitucional.

Assim, resumidamente, pode-se dizer que a Constituição - em uma perspectiva que podemos nominar *substancialista*²⁴ - como expressão do *pacto social*²⁵, é aquele acordo de vontades (pacto fundante) políticas desenvolvido em um espaço democrático que permite a consolidação histórica das pretensões sociais de um grupo, incorporando, hoje em dia, não apenas aquilo que diga respeito única e exclusivamente aos seres humanos individual, coletiva e difusamente, mas também os diversos fatores e seres que influem na construção de um espaço e de um ser-estar digno no mundo - e.g. meio ambiente, espaço urbano, ecossistemas, etc. -, bem como as preocupações futuras para

²¹ Como sustenta Lenio Streck, em seu *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica, o constitucionalismo não morreu. Relevar lembrar a importância do papel representado pelas Constituições surgidas no segundo pós-guerra no continente europeu e a força (interventiva) das respectivas justiças constitucionais* (pp. 85-86)

²² Ver deste autor o seu *Constituição e Constituinte*, dando atenção, em particular, ao seu conceito de Constituição, como sendo a *declaração da vontade política de um povo, feita de modo solene por meio de uma lei que é superior a todas as outras e que, visando a proteção e a promoção da dignidade humana, estabelece os direitos e as responsabilidades fundamentais dos indivíduos, dos grupos sociais, do povo e do governo*, onde se pode observar as respostas acerca de quem, como, o que é e para que? uma Constituição.

²³ Sobre este conceito, tomado emprestado de Guillermo O'Donnell, ver: STRECK, Lenio Luiz e BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*.

²⁴ De outro lado, podemos referir uma outra perspectiva que chamaremos *formalista*, para a qual, na tradição dos *Federalistas*, como diz Giovanni SARTORI (...) *as constituições são, em primeiro lugar e acima de tudo, instrumentos de governo que limitam, restringem e permitem o controle do exercício do poder político* (p. 211) ou seja, (...) *para o constitucionalismo -...- as constituições são só aquelas formas de Estado nas quais, como disse Rousseau, somos livres porque somos governados por leis e não por outras pessoas* (p.210). Para este autor as *constituições são "formas" que estruturam e disciplinam os processos decisórios do Estado... são conjuntos de procedimentos tendo por objetivo assegurar o exercício do poder sob controle... são e devem ser neutras com relação ao seu conteúdo* (p. 214). Diz, ainda: *Precisamos desconfiar, assim, das constituições que contêm aspirações... As constituições com aspirações são, no final de contas, um desvio e um sobrepeso de capacidades constitucionais que têm como resultado a impossibilidade de funcionar* (p. 215). Ver: SARTORI, Giovanni. *Engenharia Constitucional. Como mudam as constituições*. Brasília: UnB. 1996. Em outra perspectiva, na esteira do que expressamos, pode-se recorrer às lições de Nicola MATTEUCCI, para quem, ao princípio do constitucionalismo escrito se agregam outros dois caracteres, o da *legitimidade* e o da *função* das constituições. Assim: *La constitución escrita basa su legitimidad en dos elementos: ya sea en el contenido mismo de las normas, que se imponen por su racionalidad intrínseca y por su justicia; ya sea en su fuente formal, por emanar de la voluntad soberana del pueblo a través de una asamblea constituyente y, a veces, de un referéndum... El segundo carácter se refiere a la función: se quiere una constitución escrita no sólo para impedir un gobierno arbitrario e instaurar un gobierno limitado, sino para garantizar los derechos de los ciudadanos y para impedir que el Estado los viole. En efecto, la constitución no sólo regula el funcionamiento de los organismos del Estado, sino que además consagra los derechos de los ciudadanos, puestos como límites al poder del Estado*. Ver: MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta.

²⁵ Poder-se-ia, aqui, retomar a literatura própria do justnaturalismo contratualista - de Hobbes, Locke, Rousseau e tantos outros - para referendarmos tal assertiva, o que apenas referimos, por importante.

com aqueles que estão por vir, abrindo-se para os novos espaços institucionais, para além de funcionar como uma estratégia de estabilização de conquistas e de forjar instrumentos que dêem condições para a prática dos conteúdos nela expressos, permanecendo “aberta” como documento histórico-cultural.

Mais abrangente ainda, para P. Häberle, são *testi costituzionali in senso stretto e formale lê costituzioni scritte, in senso largo e materiale anche le opere classiche di um Aristote (in matéria di eguaglianza e giustizia), di um Montesquieu (in matéria di separazione dei poteri) o di um Hans Jonas in materia di tutela dell’ambiente, intesa come imperativo categorico kantiano esteso sia nel tempo sai nello spazio all’intero mondo...*²⁶

E, por isso mesmo, o papel do constitucionalismo, com as nuances advindas da (des)ordem contemporânea, nos parece ainda central para aqueles que não apenas nos ocupamos em estudá-lo, mas, e particularmente, para todos aqueles que nos preocupamos com a continuidade democrática assentada conteudisticamente não apenas em um conjunto de regras do jogo democrático, como quer Bobbio²⁷, mas também em seus conteúdos humanitários e transformadores, em particular quando nos colocamos frente a um projeto constituinte alicerçado na idéia de Estado Democrático de Direito, como antes apresentado, onde o *seu Direito* precisa suportar e viabilizar este projeto transformador²⁸.

Assentada que está, nesta rápida retomada, a importância do constitucionalismo e de seu instrumento formal, a Constituição, merece atenção para a nossa investigação a questão de definirmos o caráter eficaz das normas constitucionais, em especial daquelas que expressam conteúdos próprios aos direitos humanos das gerações mais recentes, tais como os de segunda – econômicos, sociais e culturais – e de terceira – meio ambiente, desenvolvimento, etc. –, na medida em que estes explícita e tradicionalmente são dependentes de ações estatais que vão além de sua explicitação legislativa.

Entretanto, não podemos deixar de referir que, também os ditos *direitos de liberdade* – primeira geração – implicam, a partir de sua necessária e intrínseca conexão com os ditos *direitos prestacionais*, em demandar uma concretização positiva das condições necessárias e suficientes para a sua ampla usufruição.

Poderíamos, assim, exemplificar esta posição a partir da tomada em consideração da *liberdade de expressão*. Ora, se no contexto atual, pretendemos que alguém possa se dizer apto a usufruir desta *liberdade*, necessariamente teremos que referir que, para tanto, é inderrogável o acesso ao conhecimento, à informação, à educação como aspectos instrumentais da liberdade. E, se tais *acessos* pressupõem uma *atitude facilitadora/implementadora, positiva/prestacional, positiva* de desobstrução e/ou de viabilização

²⁶ Ver, do autor, *Diritto costituzionale nazionale, unioni regionali fra stati e diritto internazionale come diritto universale dell’umanità: convergenze e divergenze*. Texto em versão italiana por J. Luther, de conferência proferida nas cidades do México e Bologna, em abril de 2004. Mimeo. P. 2

²⁷ Ver, sobre o tema das regras do jogo democrático: BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*.

²⁸ Como diz Marcelo Gallupo, o *direito desse tipo de Estado deve adotar um conceito de princípio capaz de suportar esse pluralismo de projetos de vida, que não pode ser um conceito que implique uma hierarquia entre os princípios, o que pode causar estranheza na Teoria Jurídica dominante no Brasil, ainda muito marcada tanto pelo paradigma do Liberalismo quanto pelo paradigma do Estado Social, ambos profundamente sistematizadores, mas certamente não no meio das demais Ciências Sociais*. Ver, op. cit., p. 21

da obtenção das condições mínimas que permitem a prática da liberdade, com uma nítida atitude promocional por parte da autoridade pública, veremos que para que as liberdades se exercitem não é suficiente o *não impedimento* de sua prática mas se faz presente a imperiosidade de sua *promoção* através da construção das condições infra-estruturais mencionadas.

Portanto, percebe-se que há um caráter positivo em todos os âmbitos dos direitos humanos, seja mediata, seja imediatamente, o que reforça ainda mais o caráter complexo de todos os seus conteúdos e implica em um reforço na perspectiva do caráter eficaz das normas que os expressam, como apontaremos adiante.

Como visto acima, particularmente importante nesta matéria é o trato que se dê à questão da eficácia das normas constitucionais, em especial àquelas que dizem respeito aos direitos humanos de segunda e terceira gerações ou de igualdade e de solidariedade, como classificamos anteriormente, muito embora, como visto, esta divisão, em especial no que tange às necessidades para a concretização de todos os conteúdos, percam totalmente o sentido da diferenciação, que passa a ser muito mais de caráter apenas didático, na medida em que percebemos que para todas vislumbra-se uma demanda por promoção/prestação/viabilização.

É de longa a discussão acerca da eficácia das normas positivadoras dos direitos humanos, ganhando contornos fundamentais com o surgimento do *constitucionalismo social*, a partir das Constituições Mexicana (1917) e de Weimar (1919). Até então as questões sugeridas para a teoria constitucional permitiam o seu trato através de instrumentos tradicionais na medida em que o impedimento de uma ação considerada legítima poderia ser resolvido através de uma intervenção paralisante da ação contrária à norma, sem que, nesta perspectiva, houvesse a necessidade, aparentemente, de propor-se alguma estratégia para tornar possível a prática do conteúdo proposto.

Com a diferenciação estabelecida entre as diversas normas que compõem a Carta Magna começou-se a ter problemas em relação ao tratamento dado às mesmas, optando-se, então, por classificá-las, diferenciando-as quanto à carga eficaz da qual são (seriam) dotadas²⁹.

Tal atitude, muitas vezes, aponta para uma fragilização eficaz destas normas de novo tipo, dizendo-as dependentes de uma ação legislativa e/ou administrativa posterior e inferior hierarquicamente, que lhes complete o sentido e permita, assim, a usufruição dos conteúdos nela expressos.

Como, de regra, a legislação infraconstitucional não era adotada ou a política pública ficava na dependência de injunções político-econômicas, via-se o cidadão frustrado em suas expectativas, servindo tal atitude não apenas para impedir/inviabilizar - bem como descomprometer, muitas vezes, a autoridade pública - o acesso aos conteúdos constitucionais mas, também, para fragilizar, na prática, o valor atribuído ao pacto

²⁹ Muitas são as classificações ou tipologias propostas, em particular quanto à eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais. Poder-se-ia, aqui, mencionar várias delas. Parece-nos suficiente, entretanto apontar aqui as sugestões de Jose Afonso da SILVA - *Aplicabilidade das Normas Constitucionais* - de Maria Helena DINIZ - *A Norma Constitucional e seus Efeitos* - Luis Roberto BARROSO - *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas* - entre outros, por se tratarem de referências doutrinárias permanentemente presentes na cena jurídica, apesar, e sem aqui referir, as diferenças que se observa dentre as mesmas.

constituente do Estado frente à sua *incapacidade* de tornar fato as *promessas* contidas na Carta Política.

Mesmo que tratemos diversamente os vários conteúdos constitucionais, cremos que estes *novos direitos*³⁰ - os de segunda e terceira gerações - incorporam, para além de uma *eficácia paralisante de atitudes* com eles incompatíveis, verdadeira *pretensão a ser satisfeita* pela autoridade pública “inconstitucionalizando” a sua atitude omissiva, além de permitir que o destinatário/interessado demande a satisfação do conteúdo proposto/prometido em sede constitucional, sob pena de, não apenas estarmos diante de uma atitude contrária ao comando constitucional, contribuir-se para o *desgaste de legitimação* suportado pelo constitucionalismo contemporâneo e ofender de morte a base estruturante do Estado Democrático de Direito.

Para dar conta disso, uma das reações propostas pela teoria constitucional foi a de construir instrumentos procedimentais que permitissem ao cidadão o acesso aos conteúdos constitucionais através de estratégias diversas da legislativa, assim como, muitas vezes, até mesmo das práticas políticas tradicionais através do estabelecimento de políticas públicas implementadoras dos conteúdos expressos na Carta Política.

Muito embora tal apropriação doutrinária incorra em postura contraditória com o perfil do constitucionalismo contemporâneo, de caráter eminentemente social e devotado à tese da igualdade, dotou-se a ordem jurídica de mecanismos viabilizadores dos valores inseridos na Lei Maior, apropriando à jurisdição a tarefa “gloriosa” de responder satisfativamente às pretensões deduzidas em juízo que buscam ver materializados aqueles conteúdos próprios a tais normas.

Nesta senda surgiram diversos instrumentos, dentre eles ressaltamos a *ação direta de inconstitucionalidade por omissão*³¹ e o *mandado de injunção*, por paradigmáticos, que, com perfis próprios, têm o objetivo comum de tornar praticável a Constituição em todo o seu espectro³².

Voltamos ao início para termos presente que, no respeitante aos direitos ditos *fundamentais de igualdade e de solidariedade* estamos diante de valores intrínsecos a uma ordem constitucional comprometida com os valores humanitários e que, portanto, a sua carga eficaz não pode ser objeto de tergiversação ou concessões políticas,

³⁰ Lucia B. F. de ALVARENGA sugere que *os direitos sociais, que são normas impositivas de legislação, não conferindo aos seus titulares verdadeiros poderes de exigir, porque apenas indicam ou impõem ao legislador que tome medidas para a realização dos bens protegidos. (...) Não se reconhece, portanto, aos direitos sociais, um conteúdo de direito subjetivo que permita aos titulares a exigência do respectivo cumprimento, por via judicial, como direito líquido e certo e legitimidade individual. Ver: Direitos Humanos, Dignidade e Erradicação da Pobreza. Parece-nos que tal postura, de amplo espectro doutrinário, peca por atrelar-se sobremaneira a uma tradição individualista do direito com suporte, como visto, na idéia de direito subjetivo incompatível com o caráter próprio aos direitos sociais, como observado na classificação proposta.*

³¹ Muito embora este instrumento esteja fragilizado em razão do perfil que lhe foi dado pelo legislador constituinte, particularmente em razão da legitimidade *ad causam* restrita, não há que se removê-lo do elenco de possibilidades que justificam uma hermenêutica constitucional viabilizadora dos conteúdos sociais nela expressos.

³² Todavia, enquanto se buscava, seja pela releitura do caráter eficaz das ditas normas programáticas, seja pela disponibilização de novos procedimentos, parte da doutrina investia, agora, na desqualificação dos mesmos como aptos a serem utilizados com a finalidade para a qual foram criados, seja por entenderem não serem aplicáveis a tais situações, seja por exigirem determinadas características para a legitimação ativa, seja, ainda, por colocarem em contraposição - apesar de tudo ser Estado - a ação executiva, a legislativa e a jurisdicional, dando a entender que à jurisdição não se poderia atribuir a competência para atribuir materialmente ao cidadão o conteúdo da Constituição. Nesta tendência poderíamos, ainda, incluir a introdução no texto constitucional da nominada *ação de descumprimento de preceito fundamental*, a qual também se viu restringida a partir do veto presidencial relativamente à legitimidade popular para a sua propositura.

barganhadas como produtos em uma feira de supérfluos³³, mais ainda quando sabemos que os mesmos se constituem em meios para a concretização das liberdades, da mesma forma que estas em relação àqueles, como referido ao início deste tópico.

Dessa forma, quando pensamos em *concretização* dos conteúdos dos direitos humanos, particularmente os das últimas gerações, mas não apenas destes como se tentou demonstrar acima, supomos que tal enfrentamento deva ser feito sob duas perspectivas distintas, sem que as mesmas sejam excludentes entre si.

Em um primeiro plano deve-se pensar em uma vertente de *concretização pelo Estado*, ou seja é de verificar-se o papel do ente público estatal para que se obtenha o máximo de efetividade, assim como o máximo de adequação ou o resultado ótimo dos conteúdos que lhe são próprios.

Por evidente que a ação pública estatal deverá incluir não apenas o reconhecimento em sede legislativa, expresso ou implícito – através, e.g., de uma *cláusula constitucional aberta*³⁴ ou mesmo de valores decorrentes, não expressos, da principiologia adotada pelo texto constitucional ou, ainda, do conteúdo presente na legislação infraconstitucional - que, como visto, tem serventia fundamental, embora não suficiente, no âmbito das *liberdades*, mas é desde logo insuficiente já na seara dos direitos sociais, econômicos e culturais – ditas *igualdades e solidariedades* -, como uma produção legislativa ordinária de caráter implementante da norma superior.

Quando tratamos das *igualdades e solidariedades*, especialmente, a essa ação do legislador – pela regulamentação da previsão constitucional – é imprescindível que se agregue uma atuação promotora/implementante/concretizadora dos mesmos, a qual se funda em geral na *ação executiva* do Estado – quando estamos frente ao modelo de Estado Social em seu sentido amplo - colocando em prática conteúdos reconhecidos pelo direito positivo por meio de ações políticas (políticas públicas) conformes à determinação constitucional e aptas a estabelecer as condições necessárias e suficientes para que o conteúdo material da norma seja viabilizado e se torne usufruível pelo(s) destinatário(s).

Este caráter prestacional, como referido acima, se vincula inexoravelmente à implementação dos direitos sociais, econômicos e culturais (direitos de igualdade), bem como àqueles veiculados como direitos de solidariedade (meio ambiente, paz, desenvolvimento etc) através da ação política – políticas públicas – estatal, além dos atuais e novos “direitos tecnológicos” (internet, manipulação genética etc) que requerem novas estratégias de enfrentamento, tratamento e consolidação.

³³ Neste sentido, “(...)os direitos fundamentais sociais, mais do que nunca, não constituem mero capricho, privilégio ou liberalidade, mas sim, premente necessidade, já que a sua supressão ou desconsideração fere de morte os mais elementares valores da vida, liberdade e igualdade. A eficácia (jurídica e social) dos direitos fundamentais sociais deverá ser objeto de permanente otimização, na medida em que levar a sério os direitos (e princípios) fundamentais, corresponde, em última análise, a ter como objetivo permanente a otimização do princípio da dignidade da pessoa humana, por sua vez, a mais sublime expressão da própria idéia de Justiça!” Ver: SARLET, Ingo W. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. In: SARLET, Ingo W.(Org.) *O Direito Público em Tempos de Crise. Estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*.

³⁴ Adiante retomaremos este debate a partir da análise do texto da EC 45/04 relativamente à inclusão, no art. 5º da CF/88, de um § 3º, o qual afeta o tratamento até então dado à questão.

Do viés que nos interessa no momento, temos um problema de teoria jurídica constitucional que se inicia com a compreensão mesma do perfil das normas que introjetam tais conteúdos e que são apresentados, muitas vezes, apenas como embelezamentos estratégicos e legitimadores da ordem normativa estatal, sem reflexos no cotidiano prático do cidadão, impondo-se que reflitamos acerca do caráter efícial das normas jurídicas, sobretudo as de nível constitucional, e, particularmente das ditas *normas programáticas* – para ficarmos no âmbito da terminologia clássica – e de sua efetivação e concretização sustentadas na idéia de *ótima concretização da norma*, assentada em princípios tais como o da *unidade constitucional, concordância prática, exatidão funcional, efeito integrador e força normativa da Constituição*(*máxima efetividade*), como explicita Konrad Hesse³⁵.

Portanto, a implementação dos conteúdos de direitos humanos, em particular os de *igualdade e de solidariedade*, implicam na necessária compreensão da *ação jurídica* fundamentada em uma *prática comprometida e assente em uma teoria engajada*, onde a Constituição não seja percebida exclusivamente como uma *folha de papel*³⁶, mas se apresente como um instrumento político-jurídico de construção de uma sociedade justa e solidária e comprometida com a promoção da dignidade humana³⁷ – para recuperar os pressupostos inscritos na Carta Constitucional brasileira de 1988.

Neste contexto, é preciso, ainda, que se pense a concretização dos direitos humanos a partir do *prisma da jurisdição*, atribuindo-lhe expressão fundamental quando estejamos frente aos direitos de terceira geração (direitos de solidariedade), o que não a afasta da problemática ora enfrentada no âmbito das *igualdades*, assim como não fica alheia quando tratamos das *liberdades inaugurais* a partir de sua interconexão com o complexo conteudístico dos direitos humanos expressos através das interconexões que os mesmos projetam³⁸, o que nos conduz à interrogação, sobretudo, do papel e do conteúdo da jurisdição constitucional, o que, no caso brasileiro, repercute na ação de cada um dos membros da magistratura nacional em face do sistema de controle de constitucionalidade adotado, de caráter dual, envolvendo a sistemática do *judicial review* e instrumentos de verificação concentrada por meio do órgão de cúpula da função jurisdicional pátria (o Supremo Tribunal Federal).

Esta refere, ainda, a necessidade de que, para além da compreensão do tema, façamos uma *utilização dos instrumentos procedimentais* para fazer valer os seus conteúdos, apropriando-nos do que o próprio texto constitucional coloca à disposição do cidadão. Assim, em *situações individuais* temos o *habeas corpus*, o *habeas data* e o *mandado de segurança*; para *situações coletivas* temos o *mandado de segurança*

³⁵ Ver o seu *A Força Normativa da Constituição*. Para o trato da questão hermenêutica ver *Hermenêutica Jurídica (em)Crise*, de Lenio Luis Streck.

³⁶ Ver Ferdinand Lassale, *Que é uma Constituição*, passim.

³⁷ Com relação ao tema da dignidade humana ver: BENDA, Ernst. *La Salvaguarda de la Dignidad Humana (artículo 1 de la Ley Fundamental)*. IN SEGADO, Francisco Fernández. *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context*. Madrid: Dykinson. 2003. Pp. 1447-1458

³⁸ Se pensarmos, nos limites deste trabalho, a função da jurisdição em uma perspectiva ampliada, que inclua não apenas a ação do agente público encarregado das atribuições afetas à função pública estatal, mas incorporando algo que poderíamos denominar como uma *prática jurídica comprometida* que congregue todos os operadores jurídicos, poderíamos refletir, aqui, acerca da necessidade de, com o alargamento e aprofundamento dos catálogos de direitos humanos, enfrentarmos o problema de *como tomar tais conteúdos usufruíveis pelos cidadãos*, bem como refletimos acerca do caráter de função pública estatal própria à jurisdição e, assim, ao seu perfil como poder de caráter político inerente ao regime democrático e insubstituível para a concretização do Estado Democrático de Direito.

coletivo; para as situações que envolvem *interesses difusos* temos a *ação popular*, a *ação civil pública*, além de devermos considerar as possibilidades postas pelo *mandado de injunção* e *ação direta de inconstitucionalidade por omissão*, estes últimos já referidos alhures.

É preciso que saibamos que a Constituição como documento jurídico-político está imersa neste jogo de tensões e de poderes, mas é indispensável que tenhamos presente, os que militamos no direito constitucional e nos direitos humanos, também, que a Constituição não é programa de governo, ao contrário são os programas de governo que precisam se constitucionalizar³⁹.

De outra banda seria preciso pensar a questão da concretização dos direitos humanos a partir de uma *perspectiva social (concretização pela sociedade)*, para o quê apenas faremos menção, apesar de sua importância no interior do quadro de transformações percebidas no âmbito daquilo que tradicionalmente nominou-se *espaço público*.

Ou seja: de que estratégias deveriam lançar mão, além daquelas já apontadas na seara jurídica, os atores sociais para verem materializadas as *políticas humanitárias* erigidas ou não – uma vez que poderiam agir com o objetivo de verem satisfeitas pretensões novas, emergentes de novos contextos e conflitos – como direitos fundamentais – tidos estes como o conjunto dos direitos humanos expressos no interior de uma determinada ordem jurídica normativa positiva.

Por óbvio que as possibilidades de verem satisfeitas tais pretensões pode, nos dias de hoje, ser pensada a partir de uma *dupla via*.

Na primeira, através de *pretensões dirigidas à autoridade pública estatal*, buscando fazê-los valer desde alguma estratégia positivo/prestacional ou negativa – na dependência do conteúdo da pretensão – por parte do Estado, de suas funções, de suas agências ou agentes, vinculando-a, de regra, à ação executiva do Estado – como visto acima – ou via intervenção jurisdicional, na tentativa de ver reconhecido e implementadas garantias ou pretensões constantes do texto constitucional, mas que, por ação ou omissão da autoridade pública, foram afetadas ou não concretizadas.

Na segunda, poder-se-ia supor um *processo de autonomização social* – o que não significa adoção de uma matriz (neo)liberal/capitalista – que conduzisse a uma apropriação coletiva das *incumbências* necessárias à efetivação de tais conteúdos. Aqui e dessa forma poder-se-ia incluir diversas experiências que vão desde uma *“flexibilização” participativa* da democracia representativa até a implementação mesma de *políticas públicas autônomas* que “rompem” ideologicamente com o caráter transferencial adrede ao modelo representativo⁴⁰, ou de outro modo, diante da perda do sentido territorial do Estado contemporâneo, reterritorializam estratégias.

A partir disso, das crises do Estado e das insuficiências de nossas práticas político-constitucionais, como ficam os direitos humanos. É o que pretendemos enfrentar na seqüência.

³⁹ Tal debate envolveria, ainda, um discurso competente acerca da *mutação constitucional* e do *controle de constitucionalidade*, os quais afetam indelevelmente o problema da concretização dos direitos humanos. Ver: BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *Constituição ou Barbárie. Perspectivas constitucionais*. IN SARLET, Ingo. *A Constituição Concretizada*. Da mesma forma, sobre, em particular, o tema da *jurisdição constitucional*, ver o trabalho recente de Lenio Streck, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*.

⁴⁰ Ver: ROSANVALON, Pierre. *La Crise de l'Etat-Providence e La Nouvelle Question Sociale*.

3.1 Direitos Humanos, Constituição e Globalização.

A globalização econômica, ao lado das demais globalizações em curso, implica uma radical mudança no perfil do Estado contemporâneo⁴¹, particularmente em seu *caráter soberano*, o que inexoravelmente se reflete sobre a sua capacidade de auto-organização, em particular no que diz com suas possibilidades decisórias.

Daí derivam, para o tema em tela, conseqüências significativas na medida em que a fragilização das estruturas estatais e a perda de sua centralidade exclusivista e superior faz repensar a questão constitucional, posto que as constituições foram sempre o reflexo da ocorrência do poder soberano dos Estados Nacionais dotados de um território - elemento objetivo - e de um povo - elemento subjetivo - sobre e para os quais se constituíam e organizavam em um documento legislativo supremo as formas e os conteúdos da vida política e social da comunidade.

Ou seja, desde sempre as constituições estiveram superpostas ao Estado Nação, apresentando-o como Estado Nacional Constitucional.

Desaparecido, transformado ou minimizado o poder característico do Estado (Moderno) - a soberania - e em face desta íntima conexão, pode-se perguntar para onde se dirige o constitucionalismo, em especial quando o agigantamento do poder privado e de outros centros decisórios faz sombra à tradicional suprema potestade estatal⁴².

Assim, constrói-se um quadro onde *essa soberania compulsoriamente partilhada, sob pena de acabar ficando à margem da economia globalizada, tem obrigado o Estado Nação a rever sua política legislativa, a reformular a estrutura de seu direito positivo, a redimensionar a jurisdição de suas instituições judiciais mediante amplas e ambiciosas estratégias de desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização, implementadas paralelamente à promoção da ruptura dos monopólios públicos.*⁴³ (grifos nossos)

Neste contexto dramático de concorrência de *poderes*, a articulação entre estes diversos espaços, muitas vezes aponta para a *flexibilização* - para usar um termo em voga - do constitucionalismo, em sentida fragilização das conquistas sociais.

Deve-se ter presente, ainda, que tais questionamentos devem vir acompanhados, por uma *leitura estratégica dos direitos humanos*, que conduza a uma percepção não apenas das transformações que se operam nos conteúdos tidos como próprios dos mesmos como também a necessidade que temos de dar-lhes *efetividade prática*. Tal perspectiva parte, na esteira de P. Häberle, de uma postura em que o Estado Constitucional é visto e tido com um “tipo aberto” para fora e no tempo⁴⁴.

Se, de um lado, o reconhecimento dos conteúdos das várias gerações de direitos humanos parece ser algo com o que as diversas correntes ideológicas sustentadoras dos mais diferentes governos podem conviver e, mais do que isso, buscar legitimação interna e internacional, de outro a tentativa de dar-se efetividade aos mesmos esbarra

⁴¹ Sobre o tema ver: BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *As Crises do Estado Contemporâneo*, bem como *O Estado Revisitado* (no prelo).

⁴² Ver sobre o tema: GORDILLO, Jose Luis. *Crítica del “Estado homogéneo universal*. Revista Crítica Jurídica, n. 17. Pp. 115-126. Também: BOLZAN DE MORAIS. *Soberania, Direitos Humanos e Ingerência. Problemas Fundamentais da Ordem Contemporânea*..

⁴³ Ver, do autor: *Direitos Humanos e Globalização Econômica: notas para uma discussão*. **Revista O Mundo da Saúde**.

⁴⁴ Ver, do autor, *Diritto costituzionale*..., p. 2

nos mais diferentes empecilhos, seja de *ordem prático-política*; seja de, novamente, *ordem teórico-jurídica*, que impõem uma postura contraditória em face de uma convivência de ordens jurídicas diversas, particularmente entre o direito interno e o direito internacional, ou pela supremacia de um discurso jurídico liberal que privilegia a figura do indivíduo como titular do direito desvinculada de suas relações sociais; seja, ainda, de *ordem econômica neoliberal*, melhor, neocapitalistas⁴⁵ - orientada por um projeto econômico globalizado, onde a orientação da política e do direito - refêns da economia neocapitalista - se dá sob a égide de um discurso calcado na idéia de eficácia, flexibilização, desregulação, etc.⁴⁶

Apesar disso, é preciso buscar mecanismos que nos permitam dar *maior efetividade* - no sentido dado por Jorge Miranda - possível aos conteúdos normativos reconhecedores dos direitos humanos em suas diversas expressões, além de restaurar a sua importância da temática, a necessidade de constante revitalização não apenas dos conteúdos próprios destas pretensões humanitárias mas, sobretudo, aos mecanismos que lhe dão efetividade e, é preciso que se busque, até mesmo pela experiência histórica, instrumentalizar os operadores jurídicos com os meios necessários para uma prática comprometida com a eficácia dos direitos humanos, como *prática político-jurídica* de enfrentamento das estratégias de globalização dominadas pelas ações do capitalismo financeiro.

Assim, de que adianta retomar o tema dos Direitos Humanos e sua implementação, a partir de uma estratégia constitucional e de hermenêutica de suas disposições, para consolidarmos e ampliarmos o seu catálogo, os mecanismos procedimentais e as instâncias de proteção dos mesmos se, diante do atual quadro de *crise das instituições públicas* - crise do espaço público, da democracia, sobretudo sob a forma representativa, do Estado enquanto tal e até mesmo de sua fórmula privilegiada de organização pactuada, ou seja, o constitucionalismo, etc... - as instâncias de regulação social - como é o caso do Direito - estão se enfraquecendo ou, pior, desaparecendo, como espaços públicos de apelo, em especial frente a estruturas e estratégias pára-estatais e mercadológicas?

Não basta, assim, que nos restrinjamos ao debate jurídico-positivo. Deve-se, por outro lado, observar *uma inevitável correspondência entre os direitos humanos e a democracia*, fazendo supor, como aponta Renato Janine Ribeiro, de que *somente é legítimo, na política, o regime democrático...*⁴⁷

⁴⁵ Cabe aqui uma nota acerca desta terminologia. Mesmo que consagrado o termo *neoliberalismo*, parece-nos adequado o revisamos, considerando que não como falar-se em liberalismo, se não que em *liberalismos*, da mesma forma que o liberalismo, enquanto doutrina, não se restringe a uma estratégia de natureza econômica, contemplando outros viéses, em especial o *moral* e o *político-jurídico*. Sob a perspectiva econômica a doutrina liberal se conecta com o *capitalismo* e suas características reflexas. Assim, com as transformações operadas no modelo capitalista, em particular com sua passagem à forma *financeira*, cremos ser mais compatível nominarmos o fenômeno econômico atual como *neocapitalista*, para deixarmos claro o seu perfil de arranjo econômico específico a esta nova fase do capitalismo, que deixa de estar voltado à produção e se conecta a formas de especulação financeira facilitada pelos instrumentos da tecnologia atual.

⁴⁶ Pode-se sugerir, assim, que neste quadro, mais do que as estratégias normativas com base constitucional é o próprio sentido do poder político democrático representativo que se dilui.

⁴⁷ Ver do autor: *Primazias da Democracia*. Para ele: *Este valor ético da democracia faz com que os direitos que a constituem tenham primazia sobre todos os outros direitos possíveis do homem. Aliás, nosso tempo mostra que tais direitos somente são assegurados quando há o núcleo duro dos direitos democráticos.*

4 AS TRANSFORMAÇÕES DA CONSTITUIÇÃO E DO CONSTITUCIONALISMO⁴⁸

Sendo assim é de ser revisitado um tema tradicional para a teoria constitucional, mas que assume foros diferenciados quando refletimos acerca do (a) *papel da jurisdição constitucional* na definição e compreensão do conteúdo material das constituições, bem como de sua extensão, assumindo verdadeiro foro de (re) *construção hermenêutica cotidiana da norma constitucional legislada*, bem como do (b) *papel desempenhado pela função executiva do Estado* para o cotidiano da prática constitucional –, a *mutação constitucional*⁴⁹.

Neste quadro de idéias, discutir este tema, mais do que refletir sobre as estratégias legislativas permissivas de modificação, via *poder constituído derivado* seja por *reforma* ou *revisão*, impõe-se, previamente, uma tomada de posição relativamente ao papel político-constitucional assumido pelos *órgãos jurisdicionais incumbidos da tarefa suprema de dizer o que diz a Constituição*.

É possível, então, supor com José Acosta Sánchez⁵⁰ que ocorre ao longo do século XX, mais do que um processo – deliberado ou não – de flexibilização/fragilização da Constituição, uma significativa mutação no universo do constitucionalismo, no sentido de um aumento permanente e profundo do papel da jurisdição constitucional – dos Tribunais Constitucionais, particularmente na Europa, sob suas diversas formas – e de seu produto hermenêutico, a jurisprudência constitucional⁵¹, ganhando importância, para este autor, a idéia norteamericana de uma *constituição viva* que transformando-se no prolongamento material da Constituição formal vigente, o que não a exime das tensões peculiares às demais funções técnico-políticas do Estado.^{52 53}

De outra banda, convém, ainda, que tenhamos presente um outro tópico que interfere substantivamente no constitucionalismo contemporâneo. Ou seja, aquilo que propomos reconhecer como a *executivização da Constituição* ou sua *administrativização economicista*, quando a função executiva do Estado passa a desempenhar um papel de relevância para a (re)definição do conteúdo da Constituição, como já referimos alhures⁵⁴.

⁴⁸ Acerca do tema estamos desenvolvendo uma proposição mais abrangente, a qual engloba aspectos relativos à transformação do Estado Constitucional, do Constitucionalismo e das Constituições, tomando como referência as discussões realizadas em nosso curso anual junto ao Doutorado em Sistemas Jurídico-Políticos Comparados, na Universidade de Lecce – Itália, em janeiro de 2005, sob o título as “As transformações da Constituição e do constitucionalismo”.

⁴⁹ Para ambas relevante seria considerar a idéia de Constituição como *ciência da cultura*, tal como enfrentada por Konrad Hesse e Peter Häberle, na tradição alemã.

⁵⁰ Ver seu *Transformaciones de la Constitución en el Siglo XX*, in *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*.

⁵¹ Como diz este autor, este fenômeno *consiste en la creciente presencia de un Derecho Constitucional jurisprudencial y el decreciente papel del Derecho Constitucional formal*. Ver nota anterior.⁵² Neste sentido, (...) *el derecho constitucional jurisprudencial está determinado por complejos contextos sociales, económicos y políticos, incluso transnacionales, y reclama un nuevo concepto de Constitución material, sin nada que ver con ningún otro anterior del mismo nombre*. Id. Ibid.

⁵³ Tal reforço da tarefa de dizer o direito impõe a construção de uma jurisdição sóbria e ao mesmo soberba na sua prática cotidiana, quando mais em países onde a tarefa de controle de constitucionalidade se pratica **concentrada e difusamente** por parte do órgão de cúpula da jurisdição, via **ação direta de (in)constitucionalidade por ação ou omissão** - o que por si só caracteriza um **déficit**, uma vez que a necessidade deste tipo de procedimento reflete uma inação do órgão a quem incumbia a tarefa de explicitar o conteúdo da Constituição - ou através de todos os seus membros pelo mecanismo do **incidente de inconstitucionalidade**. Não vamos, também, adentrar, por despidendo neste momento, em considerações relativamente à **ação declaratória de constitucionalidade**, sequer na nova **ação de descumprimento de preceito fundamental**, recentemente introduzida na experiência constitucional brasileira, nem ao menos nos **instrumentos processuais constitucionais** viabilizadores da efetivação da Carta Magna e de seus conteúdos fundamentais.

⁵⁴ Ver o nosso *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Ao que transparece de algumas experiências constitucionais contemporâneas periféricas o direito constitucional passou a ser *refém* de uma *lógica mercadológica da política*, transformando as constituições em prolongamentos subservientes aos programas de governo e rompendo com seu caráter estabilizante e sua pretensão a uma certa perenidade, provenientes do projeto liberal revolucionário vitorioso no final do século XVIII em seu núcleo político (ou político-jurídico) - sem que isto signifique um engessamento do real, ou uma vinculação estrita do ser ao dever-ser - bem como destroçando conquistas sociais consolidadas

5 A DESTERRITORIALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DAS CONSTITUIÇÕES. A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL

Desde o advento da Carta Constitucional de 1988 nos deparamos no Brasil com um debate acadêmico e jurisprudencial o qual tem evidenciado uma dualidade de compreensões acerca do conteúdo a ser atribuído à Carta de Direitos Fundamentais expressa no texto constitucional e, particularmente, do sentido da norma contida no art. 5º e seus parágrafos, o que afeta profundamente a temática que objetivamos refletir na seqüência, uma vez que tal debate não se finda com a promulgação da EC 45/04, ao contrário, parece-nos, outros problemas emergem e necessitam um tratamento compatível com o projeto de Estado Democrático de Direito assumido pelo constituinte, bem como com o significado do constitucionalismo nos dias atuais, como pretendemos, resumidamente, apontar acima.

Assim é que, a questão que se colocou, em particular, com a inclusão do § 2º no art. 5º da CFB/88 não fica resolvida com a incorporação do § 3º ao mesmo art. 5º através da mudança constitucional promovida pela EC 45/04, nominada Reforma do Judiciário.

Desde logo é preciso que se registre que tal mutação constitucional, como parece ser já tradição – ou estratégia – em nossa história constitucional vem, poderíamos dizer, “embutida” em um projeto maior. Ou seja, na esteira da Reforma do Judiciário incluiu-se uma novidade na Carta de Direitos Fundamentais que, a princípio, em nada se relaciona com o tema objeto da mudança textual da Constituição, a não ser que o relacionemos com outro aspecto da mesma EC 45/04, qual seja o da possibilidade de transferência de competência para julgamento de questões que envolvam direitos humanos para o âmbito da Justiça Federal, o que trataremos na seqüência⁵⁵.

5.1 A “Abertura” Constitucional

O tema das relações entre o direito interno, percebido como ordem jurídica própria e peculiar da forma estatal da modernidade – o Estado⁵⁶ - e o direito internacional sempre foi percebido como um conjunto de vínculos necessários que deveriam ser construídos a partir do reconhecimento da ordem jurídica como uma fórmula característica e ínsita ao ente estatal, o que, de regra, conduziu a supremacia, quando não, exclusividade do primeiro sobre o último. Assim, a ordem jurídica internacional para adquirir as mesmas potencialidades do direito – interno – deveria ser por este recepcionado através das mais variadas fórmulas construídas pelos Estados (Nacionais), por meio das quais o conteúdo do direito internacional passaria a “fazer parte” do ordenamento jurídico local (nacional), adquirindo, assim, a força regulatória apenas reconhecida a este último.

Entretanto, com o reconhecimento dos direitos humanos e, particularmente, com a emergência do *direito internacional dos direitos humanos* os laços entre o

⁵⁵ Este tema será objeto de análise na seqüência do presente trabalho, quando pretendemos avaliar a EC 45/04 a partir dos pressupostos aqui lançados.

⁵⁶ Sobre este tema ver: STRECK, Lenio Luis e BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004

direito interno e o direito internacional passaram a ser revisitados, constituindo-se em tema recorrente na doutrina jurídica e tem pautado o cenário contemporâneo, sobretudo diante da repercussão dos projetos unionistas hoje experimentados, apesar das dificuldades sentidas em suas implementações⁵⁷.

Tal debate repercute fortemente no direito constitucional como cenário através do qual se constróem as relações entre o interno e o externo, o direito nacional e o direito internacional.

Neste sentido pode-se dizer que o “*droit international des droits de l’homme*” et *le droit constitutionnel partagent un idéal commun, celui des sociétés humanistes, soucieuses du respect de la dignité humaine* e, retomando a questão acima, deve-se precisar que esta aspiração comum suscita e interfere no trato das relações e da conjugação entre os dois modos de proteção dos direitos humanos – o interno e o internacional – demandando um tratamento diferenciado e peculiar, diverso daquele dado à questão quando envolvendo conteúdos diversos⁵⁸.

Deve-se ter presente que, para além da carta de direitos fundamentais expressa no interior dos diplomas constitucionais e do caráter eficaz que lhe é atribuído, as Constituições contemporâneas assumem uma *abertura expansionista* – como no caso brasileiro em seu art. 5º, dentre outros, o disposto em seu parágrafo segundo *in verbis*: “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.”

Esta norma inovadora constitui, como pretende a doutrina, *cláusula constitucional aberta* atribuindo natureza de norma constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos.

Este é um fator inafastável para o trato da temática relativa aos direitos humanos e, mais ainda, para a compreensão do papel desempenhado pelos tratados internacionais relativos aos direitos humanos, em um processo que podemos chamar de *internacionalização do direito constitucional* que se complementa pela *internalização/constitucionalização do direito internacional público(dos direitos humanos)*⁵⁹ e que agora ganha traços novos com a inserção do § 3º ao art. 5º da CF/88 por ato reformador do legislador (constituente) constituído.

Nesta mesma linha poder-se-ia incluir, ainda, o temário relativo aos processos de regionalização dos espaços estatais ou, como preferimos, de montagem de estruturas supranacionais ao estilo comunitário, o que não será, por ora, tematizado.

Nesta perspectiva interessa anotar o debate proposto por P. Häberle acerca das *convergências e divergências* entre o nacional(local), o regional e o internacional

⁵⁷ Como refere P. Häberle, *Lo stato non è più il punto d’Archimede del pensiero costituzionalista, né sul piano nazionale, né su quello regionale o universale...Ou, ainda: Finora erano in primo piano gli stati sovrani, spesso quelli potenti. Oggi agiscono da “atori” anche altri soggetti... Ver, Diritto costituzionale...*, pp. 6 e 9.

⁵⁸ Ver: VERDUSSEN, Marc. L’application de la Convention Européenne des Droits de l’homme par les Tours Constitutionnelles. In: SEGADO, Francisco Fernández Segado. *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context*. Madrid: Dikynson. 2004. p. 1570

⁵⁹ Neste sentido temos inúmeros trabalhos de juristas, dentre os quais mencionamos: Antonio Augusto Cançado Trindade, Celso Antonio Bandeira de Mello e Flavia Piovesan. Portanto, a atividade do jurista, como dito acima, deve ser a de consignar **máxima efetividade às Normas Constitucionais**, ou seja, a uma norma constitucional tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê; a cada norma constitucional é preciso conferir, ligada a todas as outras normas, o **máximo de capacidade de regulamentação**.

e sua repercussão sobre a fórmula do Estado Nacional Constitucional, chamando a atenção para o que nomina de *Estado Constitucional Cooperativo* decorrente da experiência regional, para a noção de *Constituição Parcial* presente no direito internacional humanitário. Ainda, o mesmo autor reflete a hipótese de um *direito comum* também no plano universal desde, exemplificativamente, a tutela do meio ambiente em razão do reconhecimento, e.g., da organizações não-governamentais⁶⁰

Assim, a temática dos direitos humanos, em razão mesmo de seu caráter de pretendida universalização, teve, historicamente um tratamento que se projetava por sobre as tradicionais fronteiras nacionais.

Todavia, até pouco, esta questão ficava subsumida à preponderância exclusivista das fórmulas nacionais de regulação social através do direito, tendo as ordens normativas nacionais como a única ou suprema referência regulatória dotada dos atributos específicos dos Estados Nacionais, ou seja, o supremo poder de vinculação – a soberania. Entretanto, tem ganho consistência o debate acerca dos novos espaços regulatórios e, com isso, de novos âmbitos de produção e veiculação de conteúdos jurídicos, em particular no que se refere aos direitos humanos.

Assim, o tratamento dos direitos humanos promove uma reviravolta paradigmática na modernidade jurídica, implicando, também, uma revisão conceitual nas relações entre o direito interno e o direito internacional, como já referido, bem como impondo uma reflexão renovada quanto aos mecanismos e estratégias na e para a aplicação de um *direito convencional dos direitos humanos* pelos órgãos internos dos países que compartilham as definições constantes em tais normas, sobretudo no que se refere às suas relações com o direito constitucional de base nacional⁶¹.

5.2 A “Aplicação” das Normas Humanitárias.

Com isso, coloca-se como problema central o da *aplicação do* direito internacional/convencional às questões locais/nacionais, forjando-se dois grandes modelos.

O primeiro, dito de *aplicação autônoma*, pauta a ação das Cortes Constitucionais européias e pressupõe que às normas humanitárias supranacionais seja dado um status próprio, inexistindo medidas internas para o seu reconhecimento e aplicação, o que não significa que o problema do reconhecimento eficaz destas normas seja desinteressante para o problema de sua aplicabilidade, como se verifica da experiência do Velho Continente.

Já, quando se fala de *aplicação auxiliar*, está-se frente às circunstâncias de as normas convencionais funcionarem como *modelo de interpretação* ou como *valor de referência* para a construção do sentido das normas locais, em particular para a atribuição

⁶⁰ Ver: *Diritto costituzionale...* pp. 3, 4 e 8

⁶¹ Alguns aspectos deste debate podem ser vistos em: AMIRANTE, Carlo. *Principles, Values, Rights, Duties, Social Needs and the Interpretation of the Constitution. The hegemony of multi-level governance and the crisis of constitutionalism in a globalised world.* In: NERGELIUS, Joakim et al. *Challenges of Multi-Level Constitutionalism. 21st World Congress “Law and Politics in Search of Balance.* Sweden. 12-18 august. 2003. PP. 171-190; VERDUSSEN, Marc. *L’application de la convention Européenne des Droits de L’homme par les Cours Constitutionnelles.* In: SEGADO, Francisco Fernández. *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context.* Madrid: Dykinson. 2004. PP. 1555-1572

de sentido às normas constitucionais, aquela buscando conciliar e esta conjugar as normas locais às aquelas presentes nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Assim, nesta síntese apertada, pode-se perceber que, contemporaneamente, as normas locais e as normas supranacionais jogam um triplo papel, seja de convergência, de concorrência e/ou de complementariedade.

No caso europeu a questão da *convergência* entre as normas constitucionais locais e as normas humanitárias presentes na Convenção Europeia de Direitos do Homem se apresenta pela busca de uma interpretação a estas últimas, como política jurisprudencial, suportada nas decisões provenientes dos órgãos de Strasbourg, como refere Marc Verdussen⁶²

Já a *concorrência*, para este mesmo autor, bem compreendida, resulta do fato de que a convergência, acima referida, não é obrigatória, não estando o juiz constitucional submetido à jurisprudência europeia, até mesmo diante da inexistência de precedentes em sede comunitária⁶³.

Por fim, a *complementariedade* entre a proteção local (nacional, constitucional) e aquela internacional - europeia, no caso – *repose principalement sur la circonstance que, si la seconde a pour vocation de suppléer aux éventuelles carences de la première, il n'en demeure pas moins que celle-ci bénéficie d'une "efficacité immédiate supérieure"*⁶⁴. Dito de outro modo, tal significa, para o autor referido, que, enquanto as jurisdições constitucionais dos países europeus detêm o poder de *descartar do ordenamento local* a norma inconstitucional, enquanto a jurisdição supranacional – Corte Europeia de Direitos do Homem – apenas pode constatar a transgressão da Convenção por algum dos Estados da União Europeia⁶⁵.

Percebe-se, então, que as relações entre o direito local, o regional e o internacional, em face dos novos vínculos que se estabelecem e, particularmente, diante das circunstâncias peculiares da regulação humanitária, com pretensão cosmopolita, não podem mais ser tentadas resolver apenas com a velha máxima dualista da dicotomia interno/nacional-externo/internacional e a supremacia daquele sobre este.

Entretanto, como adverte P. Häberle, *allá denuncia dei pericoli della globalizzazione, di un'economia del terrore senza fine, le tre impalcature, cioè il diritto costituzionale nazionale, il diritto delle unioni regionali fra stati e il diritto internazionale dell'umanità devono avere delle strutture proprie, nonostante tutte le interazioni, le mutazioni e l'osmosi*⁶⁶.

⁶² Ver, op. cit., p. 1570

⁶³ Id. Ibid. p. 1571

⁶⁴ Ibidem, p. 1571

⁶⁵ Um exemplo interessante do debate acerca das repercussões do direito internacional humanitário no âmbito local pode-se buscar na recente decisão de um juiz de Milão-Itália envolvendo a acusação de terrorismo imposta a um grupo de pessoas envolvidas no recrutamento de cidadãos para a luta armada contra a invasão do Iraque. A decisão judicial sustenta: *... le due cellule di Milano e Cremona avevano come precipuo scopo il finanziamento e il sostegno di strutture di addestramento paramilitare nel Nord dell'Iraq. E Che organizzavano dall'Italia "sai l'arruolamento di volontari, tutti stranieri e di sicura matrice islamico-fondamentalista": il tutto "per aiutare i fratelli" mujaheddin fino al marzo 2003, cioè "incomitanza dell'attacco Usa all'Iraq*. Refere, ainda, a nota, publicada pelo Corriere della Sera, em 25 de Janeiro de 2005, p. 5, *L'articolo 18/2 della Convenzione Onu del 1999 sul terrorismo*, *aggiunge però il giudice, riconosce e legittima anche "gruppi armati e movimenti diversi dalle forze istituzionali dello Stato, nella misura in cui si attengano al diritto internazionale umanitario. Per cui "le attività violente o di guerriglia poste in essere in contesti bellici non possono essere perseguite" a meno Che non degenerino in azioni di "terrore indiscriminato verso la popolazione civile...*

⁶⁶ Ver, *Diritto costituzionale*, p. 10

Resta, portanto, como elemento irrenunciável diante da identidade cultural que representa e o diferencia seja dos regionalismos, seja de uma sociedade mundial, repercutindo a circunstância que diversidade e pluralidade são elementos constitutivos da sociedade, devendo-se reconhecer, ainda, a concorrência que se perpetua entre o local, o regional e o universal(mundial) como “melhor” estratégia para a preservação e promoção dos direitos humanos, buscando-se, assim, um “equilíbrio” – sempre fluido – entre eles, sendo, tudo isso antes dito, imprescindível para que possamos compreender o “novo” da EC 45/04, como veremos a seguir.

PARTE II – ACESSO À JUSTIÇA, DIREITOS HUMANOS E CONSTITUIÇÃO. CONSTRUINDO UMA COMPREENSÃO PARA AS NOVIDADES DA EMENDA CONSTITUCIONAL 45/04

1 O “NOVO” DA EC 45/04 QUANTO À QUESTÃO HUMANITÁRIA

Diante de tais circunstâncias a compreensão das “novidades” postas pela mutação constitucional textual trazida pela chamada Reforma do Judiciário, por parcial que ainda se apresente, precisa ser entendida em seu aspecto contextual, seja relativamente à garantia incluída no catálogo do original art. 5º da Carta Magna de 1988, seja pela inclusão dos novos parágrafos nesta mesma norma constitucional, seja, ainda, pela possibilidade aberta pela “federalização” da afetação dos direitos humanos etc, além de alguns aspectos correlatos presentes, em particular, nos alterados arts. 107, §§ 2º e 3º; 115, §§ 1º e 2º; 125, §§ 6º e 7º, 126 e 134, §2º.

Postas tais premissas, passamos à análise pontual das alterações trazidas pela EC 45/04 ao tema dos direitos humanos e do acesso à justiça.

1.1 Nova Garantia Fundamental. A Razoável Duração dos Procedimentos.

Art. 5º ...

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Como se observa, na esteira da tomada de consciência da crise de administração da justiça, como demonstrado ao início da Parte I destas reflexões, impõe-se uma tentativa de revisão de posturas frente à tradição processual prática, apontando agora para a necessária instrumentalidade e efetividade do processo, recuperando estratégias relegadas a um plano secundário, diante da hegemonia da forma estatal de dizer o Direito - a jurisdição. Neste sentido é que se pode perceber a revisão de inúmeras posturas, fórmulas e práticas.

O acesso à justiça, percebido como um interesse difuso implicou - seja a nível interno, seja internacional e supranacional - na necessária incorporação ao cotidiano jurídico-jurisdicional de fórmulas diversas que permitissem não só a agilização dos procedimentos mas, isto sim, uma problematização dos métodos clássicos desde um interrogante acerca de sua eficácia como mecanismo apto a dar respostas suficientes e eficientes para a solução dos litígios que lhe são apresentados.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 53-87, jul./dez. 2005

Todavia, um parêntese deve ser feito: não podemos esquecer que o problema acerca do acesso à justiça não envolve apenas a (re)introdução em pauta de tal debate, senão que implica no reconhecimento das deficiências infra-estruturais do Estado - em particular de sua função jurisdicional -, além do inafastável comprometimento da formação dos operadores do Direito, bem como dos problemas impostos pela incorporação de novos interesses protegidos pelo Direito, além de impor um compromisso com uma certa tradição própria da modernidade ocidental, à qual se liga o modelo de justiça pública própria do Estado Moderno, democrático e de Direito.

Neste quadro ampliado de transformações, readequações e repercussões, o sistema jurídico passa a privilegiar novas-antigas práticas de solução de controvérsias.

O *consenso* emerge como o grande articulador destas novas práticas, podendo ser observado ocupando lugar em vários aspectos da ordem jurídica e promovendo a (re)introdução de práticas que, embora conhecidas, muitas delas, juridicamente, não tinham o reconhecimento/aceitação quotidiana dos operadores do Direito.

Em diversos países são promulgadas e publicadas leis que dispõem sobre mecanismos alternativos de solução de conflitos, em particular a *arbitragem* que, sendo um mecanismo compromissório de solução de conflitos relativos a direitos disponíveis, está toda ela centrada na pretensão da busca do consenso, que está presente não apenas na convenção que optou pelo método, pelas regras aplicáveis, na indicação do(s) árbitro(s), no procedimento, nos objetivos do próprio procedimento, assim como o juiz quando chamado a intervir para a instauração do procedimento arbitral diante da resistência de uma das partes, terá por função buscar a conciliação acerca do litígio no momento da audiência que for designada para a lavratura do compromisso arbitral.⁶⁷

Por outro lado, não podemos olvidar que estas interrogações devem ser projetadas no interior de um debate mais amplo acerca das definições político-institucionais do Estado Contemporâneo - afinal, estamos falando da redefinição de uma das funções básicas da atividade estatal - em particular no que se refere à construção dos nominados blocos supranacionais de países que, embora pretendam projetar-se como mega convenções/ajustes de caráter particularmente econômico, interferem fundamente no cotidiano da cidadania e, por isso, impõe-se, talvez mais do que nunca, o reforço, em escala comunitária, de garantias do Estado de Direito, em particular no que diz respeito à solução de controvérsias, os quais - é preciso que se diga para aqueles que ainda não perceberam - mesmo que tratem de interesses qualificados como disponíveis, envolvem indivíduos ou grupos de indivíduos que nem sempre ou quase nunca colocam frente-a-frente personagens que detêm parcelas iguais ou semelhantes de poder social - veja-se em especial no caso das relações de consumo -, sobretudo nos dias que correm, onde parece que caminhamos "cegos" - ou embevecidos - para uma facilitação dos negócios globalizados.⁶⁸

⁶⁷ Ver o conjunto de legislações incluídas ao final deste livro.

⁶⁸ Não se pode perder de vista, apesar de não ter sido objeto de nossa apreciação neste momento, a necessidade inafastável de levarmos em consideração alguns autores clássicos, particularmente aqueles que trabalharam com teorias explicativas da origem do Estado, tais como Thomas Hobbes e John Locke, os quais muito influíram para a importância que assume o Direito, como ordem jurídica estatal e a jurisdição como instrumento para a resolução pacífica dos conflitos, para o primeiro e o segundo, respectivamente.

Para resumir, podemos dizer que nosso ponto de vista parte da constatação de que o estudo deste tema precisa levar em consideração alguns aspectos de um debate *macro* que questione a reformulação mesma porque passa, ou pretenda-se que passe, o Estado Contemporâneo, envolvido que está em construir, talvez, uma nova identidade. Sem termos consciência destas interrelações parece-nos impossível que tenhamos capacidade de lidarmos competentemente com as propostas com que nos defrontamos.

A complexidade - para utilizar descontextualizadamente um termo da *teoría dos sistemas* - da sociedade contemporânea que, por um lado nos impõe repensá-la, por outro, não pode pretender ver satisfeitas suas deficiências pelas reminiscências de um passado anterior mesmo à construção daquilo que pretendemos conhecer como Estado Moderno, devendo-se perceber que *o problema da solução de conflitos* no Estado Contemporâneo deve ser inserida neste macrocontexto de crise do Estado e, particularmente de uma de suas formas de apresentação - o Estado do Bem-Estar Social e, para compreendê-la seria necessário recuperar alguns de seus paradigmas mais remotos⁶⁹, bem como termos presente uns tantos outros que nos são apontados, em particular aquele proposto pela teoria garantista⁷⁰, o que não será afetado neste momento.

A inclusão do inciso LXXVIII no conjunto do catálogo registrado no art. 5º da CF/88, repercute não apenas uma tendência mundial de reconhecimento desta “nova” garantia à cidadania, como também vem ao encontro do debate ao início retomado acerca do tema do “acesso à justiça”, muito embora não se vincule estritamente àquilo que diz respeito à “reforma” das instituições jurídicas.

De qualquer sorte o conteúdo desta “nova” garantia, desde logo, não pode ficar relegado ao tratamento tradicionalmente dado àquelas normas constitucionais que reconhecem direitos e, por isso, ficam com seu caráter eficaz dependente de ações legislativas posteriores, as quais, de regra, não se apresentam ou tardam.

Ao contrário, como demonstrado na primeira parte deste trabalho, esta garantia dever ser percebida e executada desde logo e concretizada independentemente de qualquer atitude que lhe preencha e especifique o conteúdo. Como “garantia cidadã” é direta e imediatamente exercitável pela cidadania, como conteúdo fundante do Estado Democrático de Direito, devendo as autoridades públicas, administrativas e judiciais, porem-na em prática por todos os meios disponíveis.

Por óbvio que o sentido a ser dado à expressão “*razoável* duração” do processo deve ser preenchido no caso concreto, tendo como indicativo a melhor e maior realização da garantia de acesso à justiça na perspectiva de acesso a uma resposta à questão posta qualitativamente adequada e em tempo quantitativamente aceitável.

Ou seja, a busca da celeridade processual, aqui inclusa, deve ser composta com a pretensão a um tratamento adequado, o que incorpora também o direito do cidadão a uma resposta qualificada.

⁶⁹ Neste sentido estamos desenvolvendo projeto de pesquisa junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, no qual visamos recuperar estes paradigmas iniciais da estrutura estatal moderna.

⁷⁰ Para esta discussão pode-se, provisoriamente, indicar: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta. 1995; *O Direito como Sistema de Garantias*, in OLIVEIRA JR., Jose Alcebiades de. *O Novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1997; CADEMARTORI, Sergio. *Estado de Direito e Legitimidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1999 e PEÑA, Antonio. *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, Madrid: Trotta. 1997.

A duração do processo e a celeridade em sua tramitação, desde logo garantia usufruível pelo cidadão, compõem com uma garantia não escrita, porém presente, a uma resposta qualificada para o trato do tema em questão.

Neste sentido, é mister que se tenha presente, já, o contido nos novos textos trazidos pela EC 45/04 aos artigos 107, §§ 2º e 3º; 115, §§ 1º e 2º; 125, §§ 6º e 7º, 126 e 134, §2º, como se lê:

Art. 107...

§ 2º Os Tribunais Regionais Federais instalarão a **justiça itinerante**, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários.

§ 3º Os Tribunais Regionais Federais poderão **funcionar descentralizadamente**, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo.

Art. 115...

§ 1º Os Tribunais Regionais do Trabalho instalarão a **justiça itinerante**, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários.

§ 2º Os Tribunais Regionais do Trabalho poderão **funcionar descentralizadamente**, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo.

Art. 125...

§ 6º O Tribunal de Justiça poderão **funcionar descentralizadamente**, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo.

§ 7º O Tribunal de Justiça instalará a **justiça itinerante**, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários.

Art. 126. Para dirimir **conflitos fundiários**, o Tribunal de Justiça proporá a criação de **varas especializadas**, com competência exclusiva para questões agrárias.

Art. 134...

§ 2º Às **Defensorias Públicas Estaduais** são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º.

Como se lê, tais textos normativos já repercutem a garantia presente neste novo inciso do art. 5º da CF/88, por meio de estratégias de descentralização/ aproximação das estruturas jurisdicionais – justiça itinerante e Câmaras regionais -, especialização de funções – varas especializadas – e valorização das Defensorias Públicas para a representação dos interesses dos chamados hipossuficientes econômicos⁷¹.

⁷¹ Também as Procuradorias Gerais dos Estados pretendiam idênticas garantias, porém, embora carreira jurídica de Estado e função essencial à justiça, como advocacia de Estado, na defesa do interesse público e da sociedade, tal não foi assegurado, deixando-as como uma carreira jurídica pública diferenciada negativamente em relação às demais, sem o reconhecimento do seu papel de representação social que lhe é intrínseco.

Por óbvio que apenas *desvios geográficos* da função jurisdicional não são suficientes para suprir as insuficiências e deficiências da prestação jurisdicional mas, como já apontado na primeira parte deste trabalho e reconhecido na experiência mundial, uma tal atitude pode contribuir para uma aproximação simbólica – desfazendo ou reduzindo ritos, (pré)juízos, disfunções etc – do Estado-jurisdicção e do cidadão, além, é claro e não desprezível em um País desigual como o Brasil, de permitir uma redução de custos para o usuário do sistema jurisdicional.

Portanto, compatibilizando estes novos textos com os temas do acesso à justiça, do modelo de Estado Constitucional brasileiro – como Estado Democrático de Direito – e do caráter e extensão eficaz das normas constitucionais, entendemos que esta nova garantia constitucional vem para integrar o sentido includente que deve ser conferido às normas constitucionais de um País que pretende reduzir desigualdades, erradicar a pobreza, fundar uma sociedade justa e solidária etc, como forma de integrar a nação em um projeto de sociedade comprometida com a dignidade humana, a qual, como pressuposto compreensivo do “constitucionalismo social e democrático de direito” repercute em todos os âmbitos da prestação estatal, seja administrativa, seja jurisdicional.

Para finalizar, é necessário frisar que tal garantia repercute, como expresso no texto, tanto na seara jurisdicional como na administrativa, o que nos leva a concluir que, também os procedimentos administrativos deverão ser acessíveis, céleres e respondidos qualitativamente em tempo compatível com as características da questão, não sendo possível escudar-se o servidor público – da administração ou da jurisdição – em justificativas formais – e.g. excesso de serviço, acúmulo, falhas estruturais etc – para inviabilizar o gozo da garantia pelo cidadão, devendo-se, ainda, dar sentido compatível com tal garantia às regras já presentes na legislação processual, tais como deveres das partes, atos atentatórios à jurisdição, litigância de má-fé, poderes, deveres e responsabilidades do juiz – em particular, velar pela rápida solução do litígio) -, prazos processuais, entre outros.

1.2 Direito Constitucional vs. Direito Internacional dos Direitos Humanos

Art. 5º ...

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

A questão trazida pelo novo parágrafo ao art. 5º da CF/88 pretende, ao que parece, responder ao debate que se propagou no País relativamente ao sentido a ser atribuído ao texto do parágrafo segundo deste mesmo artigo constitucional, em particular no que diz com as relações que se estabelecem entre o direito nacional e o direito internacional, entre uma visão dualista e uma visão monista, entre uma postura de enclausuramento, privilegiadora do direito local, e uma postura de abertura, privilegiadora de uma ampliação protetiva dos direitos humanos.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 53-87, jul./dez. 2005

Com isso, tal tema ganha foros privilegiado, uma vez que repõe em discussão muitos dos postulados inerentes à modernidade estatal, em particular os temas da soberania, na perspectiva da produção jurídica, das relações entre as funções do Estado e do caráter do constitucionalismo contemporâneo, todas analisadas na primeira parte deste trabalho, o que serve de orientação para a análise do sentido da norma ora em comento.

Ora, sem sombra de dúvidas que a questão posta doutrinariamente vem sendo objeto de manifestações jurisprudenciais várias e distintas, muito embora ainda, pode-se dizer, prevaleça a interpretação tradicional posta pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido da diferenciação entre direito interno e direito internacional, o que leva à necessidade de haver um reconhecimento local para que o conteúdo dos tratados internacionais de direitos humanos (TIDH) passem a vigorar e constranger as condutas e ações no Brasil, não diferenciando os tratados de conteúdo humanitário dos demais tratados internacionais⁷².

Por outro lado, boa parte da doutrina, sobretudo dos autores comprometidos com a proteção e promoção dos direitos humanos, orientados pela construção de um ramo próprio do direito internacional – o direito internacional dos direitos humanos (DIDH) – tem lançado mão de uma leitura constitucional do catálogo do art. 5º, a qual, aliada de uma doutrina constitucional contemporânea, tem buscado atribuir um tratamento privilegiado ao mesmo, tendo presente a “abertura constitucional” presente no parágrafo segundo desta norma constitucional. Ou seja: para esta parte da doutrina e dos operadores jurídicos os tratados internacionais de direitos humanos, como demonstrado ao início, tem posição privilegiada, sendo recepcionados pela regra constitucional independentemente de uma qualquer atividade posterior por parte do legislador nacional.

Agora, o que vemos com a introdução do novo parágrafo (3º) ao art. 5º é a retomada do debate sob novas bases, o que, bem entendido, ao mesmo tempo em que parece um avanço – na medida em que admite a incorporação dos TIDH com status constitucional se aprovados em procedimento legislativo idêntico àquele previsto para as emendas à constituição, ou seja um mecanismo diferenciado que veicula requisitos, em particular de quorum para aprovação (três quintos dos membros) e votação em dois turnos em cada Casa do Congresso Nacional, bastante rígidos – apresenta-se como um limitador às possibilidades e conquistas presentes no direito internacional dos direitos humanos.

Todavia para uma compreensão mais ampla do presente texto legislado é necessário que se revejam alguns postulados, considerando-se as relações entre os parágrafos segundo e terceiro deste art. 5º, sendo imprescindível promover-se uma compatibilização entre ambos, considerando-se, ainda, a tendência contemporânea de internacionalização do direito constitucional e de constitucionalização do direito internacional, dos novos espaços normativos e da multiplicidade de níveis de proteção, bem como das relações entre as diversas funções do Estado.

⁷² Tal postura pode ser observada, e.g., na ementa do HC 77.942-1 – RJ – 2ª T – Rel. Min. Maurício Corrêa, publicada no DJU 11.12.1998, quando da análise da possibilidade de prisão civil de depositário infiel em alienação fiduciária, promovendo uma interpretação restritiva do Pacto de São José da Costa Rica.

Ou seja, como compatibilizar a abertura constitucional presente no § 2º com as exigências procedimentais incorporadas com este novo § 3º?

Não há dúvida, e o texto é bastante explícito, que o legislador constituído reformador pretendeu, com esta novidade, desenhar um procedimento próprio e específico para a incorporação dos TIDH ao direito local, concebendo-a nos mesmo moldes das emendas à constituição. Assim, promovida a adesão do País a um TIDH, por via de sua função executiva – a quem incumbe promover a política externa e representar o País no âmbito internacional -, este deverá ser objeto de um projeto legislativo, na esfera do Parlamento Nacional, o qual deverá ser apreciado em cada Casa do Congresso Nacional – Câmara dos Deputados e Senado Federal – sendo necessário, em duplo turno de votação, a aprovação de, no mínimo, três quintos dos membros dos membros respectivos para que, assim, o seu conteúdo seja recepcionado em nível equivalente ao das emendas à constituição.

Ora, com isso, estar-se-ia atribuindo e apondo o que poderíamos chamar de um *selo de constitucionalidade* para aqueles TIDH que, tendo passado pelo procedimento legislativo próprio, obtivessem aprovação legislativa, restando a questão aberta quanto àqueles que, não sendo apresentados ao legislativo ou, em sendo, não obtivessem, por algum motivo, a aceitação mínima. Estaríamos frente a uma situação no mínimo constrangedora, posto que, tendo sido construídos politicamente pela função executiva, estes TIDH não seriam reconhecidos internamente, mesmo diante da abertura constitucional e do tratamento dado ao tema pelo poder constituinte em 1988.

Assim, com a iniciativa de albergar em sede constitucional os TIDH, presente no parágrafo analisado, pode-se constituir, na realidade, um retrocesso em relação ao tratamento da matéria, muito embora esta tenha, ao que parece se pautado pela posição histórica e tradicional sustentada pelo STF, como apontado acima.

Para nós, portanto, a incorporação desta regra constitucional apresenta-se desnecessária e, até mesmo, retrógrada, embora possa ser entendida como uma fórmula de compromisso para tentar resolver o problema da incorporação/internalização diferenciada dos TIDH em relação aos demais tratados internacionais, pois aqueles, desde que aprovados pelo procedimento previsto, teriam status constitucional, enquanto os últimos, sendo internalizados pelo procedimento normal – previsto no art. 52, X da CF/88 – comporiam o direito infraconstitucional.

Porém, como consequência podemos promover com isso a ocorrência de uma dualidade de situações relativamente aos TIDH: aqueles que passariam a fazer parte da ordem interna com status constitucional e os demais que, mesmo diante da previsão do § 2º, não passariam a compor a ordem jurídica nacional posto que não recepcionados em conformidade com o procedimento agora previsto, fragilizando, com isso, a política de alargamento na proteção e promoção dos direitos humanos. Com isso poder-se-ia construir uma nova classificação para os TIDH: 1)Aqueles que foram incorporados à ordem interna com base nos procedimentos agora previstos seriam tidos como material e formalmente constitucionais e 2)Aqueles, outros, não internalizados conforme tal procedimento, embora pudessem ser tidos por incorporados com base na “abertura” presente no § 2º, seriam “apenas” materialmente constitucionais em razão da matéria humanitária que veiculam.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 53-87, jul./dez. 2005

Por outro lado, resta a questão do tratamento concebido aos tratados internacionais como parte da política executiva do Estado. Ou seja, tradicionalmente os tratados internacionais podem ser objeto de *denúncia* por parte dos seus signatários. Todavia, aqui também, a questão dos direitos humanos traz conseqüências distintas uma vez que, tendo sede constitucional, escapam a essa possibilidade, bem como ficam “protegidos” pelo princípio implícito ao Estado Democrático de Direito do *não retrocesso*.

Portanto, para finalizar e remetendo aos termos postos na parte primeira desta análise, a questão dos TIDH passa, com a introdução deste novo parágrafo ao art. 5º da CF/88, a ter um regime próprio e específico de internalização, bem como adquire um status diferenciado em relação aos demais conteúdos de direito internacional, deixando, entretanto, em aberto a questão da abertura e das relações da Constituição com o DIDH.

Por fim, cabe ainda lembrar o que foi dito acerca da questão das relações entre o direito interno – as normas locais – e o direito internacional, assim como o/um direito supranacional, nos seus aspectos de *convergência, concorrência e complementariedade*, como atitude hermenêutica e política jurisprudencial diante da opção entre uma *aplicação autônoma* e uma *aplicação auxiliar*, tendo-se presente a circunstância de que no caso particular dos direitos humanos eles repercutem um conjunto de preocupações universais compartilhadas culturalmente, o que não admite, por óbvio, um tratamento ao estilo clássico dos vínculos entre direito local e direito internacional, principalmente se se pretende, como se imagina, uma constante construção e reconstrução dos vínculos em direção à transformação social contida na fórmula do Estado Democrático de Direito.

1.3 O Reconhecimento da Jurisdição Internacional

Art. 5º ...

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

Este novo parágrafo vem ao encontro do debate humanitário, embora, de alguma forma sendo repercussão – a adesão do País à criação do órgão jurisdicional – da política externa, das relações internacionais e do direito internacional, tal reconhecimento, parece-nos, já vinha contido na cláusula constitucional aberta presente no parágrafo segundo do mesmo artigo quinto.

Entretanto, tal explicitação reforça e, mais, consolida a luta dos movimentos sociais nesta área quando veicula o respeito do Brasil pelas decisões de tais órgãos, expressando um conceito contemporâneo de soberania estatal como “cooperação” – como demonstrado antes – internacional à proteção e combate às práticas atentatórias aos direitos humanos, rompendo, ainda, com uma possível e, às vezes presente, falta de sincronia na ação estatal que, por um lado, se comprometia com tais órgãos e, posteriormente, por outro, afastava-se do cumprimento e da “ingerência” das decisões proferidas pelos mesmos.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 53-87, jul./dez. 2005

De qualquer forma, o sentido expresso na norma em comento não deixa dúvida quanto a aplicabilidade/executoriedade das decisões do Tribunal Penal Internacional a que o Brasil tenha aderido, podendo o interessado promover desde logo a sua execução, sem que as mesmas dependam de uma prévia homologação interna. Assim, a autoridade pública deverá dar cumprimento às decisões de tal Corte desde o seu conhecimento, em nada constringindo, tal dispositivo, o princípio do juiz natural, como entendem alguns analistas do texto – ver *Jornal Síntese*, n. 95, janeiro de 2005, p. 6 -, uma vez que este é aquele definido pela própria regra constitucional de natureza processual.

1.4 A Federalização dos Procedimentos

Art. 109...

V – A – as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo;

...

§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

Estes novos conteúdos põem em discussão a questão da competência para o trato da matéria relativa à execução dos conteúdos de direitos humanos presentes em tratados internacionais da matéria, devendo ser compreendido na conjugação do inciso V-A e do § 5º incorporados ao art. 109 da CF/88, o qual trata da competência atribuída aos juízes federais.

O problema posto pela “federalização” da competência não apresenta, em si, um dilema de maior gravidade, pois a tão só passagem de competência de uma justiça para outra, no interior da forma federada de Estado por nós adotada, não carrega afetação. De outro lado, é preciso ter presente que é a União que, detendo personalidade jurídica de direito internacional, pode, e o faz, assumir compromissos e se responsabilizar por seu cumprimento, como no caso dos direitos humanos, monitorando e fiscalizando, sendo, ainda, a única entidade que deverá prestar contas pelas obrigações assumidas. Assim, é a União que tem o fundamental interesse em ver concretizados tais compromissos presentes nos tratados internacionais de direitos humanos, até mesmo em face das repercussões que a sua inexecução ou violação podem gerar à imagem e, inclusive, aos interesses e vínculos externos do País⁷³.

⁷³ Como refere Flavia Piovesan: A justificativa é simples: considerando que estas hipóteses estão tuteladas em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, é a União que tem a responsabilidade internacional em caso de sua violação. Vale dizer, é sob a pessoa da União que recairá a responsabilidade internacional decorrente da violação de dispositivos internacionais que se comprometeu juridicamente a cumprir. Todavia, paradoxalmente, em face da sistemática vigente, a União, ao mesmo tempo em que detém a responsabilidade internacional, não detém a responsabilidade nacional, já que não dispõe da competência de investigar, processar e punir a violação, pela qual internacionalmente estará convocada a responder. Adicione-se que o Brasil, a partir da democratização, passou a ratificar os principais tratados de direitos humanos. Recentemente, mediante decreto legislativo de dezembro de 1998, o Estado Brasileiro aceitou a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que tem jurisdição internacional para julgar violações de direitos humanos, decorrentes de

Para além das questões relativas à transferência de competência para o processamento e julgamento de tais demandas da justiça dos estados para a justiça federal, há alguns aspectos que precisam ser discutidos.

Em primeiro lugar deve-se referir que esta “federalização” de competência para o trato da matéria é subsidiária ou excepcional, ou seja, ocorrerá apenas, e tão só, quando:

- houver “grave violação de direitos humanos”;
- visar dar cumprimento a obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos;
- o Procurador-Geral da República apresentar, perante o Superior Tribunal de Justiça, incidente de deslocamento de competência.

Assim, nas demais situações a competência da justiça dos Estados permanece intacta, assim como no caso de o Procurador-Geral da República não utilizar a faculdade reconhecida pelo texto constitucional, o que negativamente dá a este agente público, que é nomeado pelo Presidente da República dentre os membros da carreira do Ministério Público federal, a possibilidade de agir discricionariamente diante dos casos que lhe sejam apresentados.

De outro lado, a norma analisada traz, ainda, dois outros aspectos controversos. O primeiro deles diz com o caráter de avocação presente no texto, quando transfere o trato da matéria a partir da propositura de um incidente perante o Superior Tribunal de Justiça. Ainda, tal passagem de competência poderia afetar garantias processuais tradicionais, em particular o contraditório e o duplo grau de jurisdição.

Tal, todavia, parece-nos não ocorrer, pois, como já sustentava textualmente Flavia Piovesan em momento anterior à aprovação desta mudança constitucional, tal proposta está em absoluta consonância com a sistemática processual vigente (vide o instituto do “desaforamento”), como também com a sistemática internacional de proteção dos direitos humanos (que admite seja um caso submetido à apreciação de organismos internacionais quando o Estado mostra-se falho ou omissivo no dever de proteger os direitos humanos). Ademais, se a própria ordem constitucional de 1988 permite a drástica hipótese de intervenção federal quando da afronta de direitos humanos (art.34, VII, “b”), em prol do bem jurídico a ser tutelado, não há porque obstar a possibilidade de deslocamento. Enfatize-se ainda que o Superior Tribunal de Justiça seria o órgão competente para julgar o “incidente de deslocamento de competência”, justamente porque é ele o órgão jurisdicional competente para dirimir conflitos entre entes da federação⁷⁴.

afronta à normatividade internacional. Também em 1998 o Brasil aderiu ao Estatuto do Tribunal Internacional Criminal Permanente, competente para julgar crimes contra a humanidade, genocídio, crimes contra a paz e crimes de agressão. Em um momento em que se vive a “humanização do Direito Internacional” e “internacionalização dos direitos humanos”, com a consolidação de garantias internacionais de proteção, amplia-se enormemente a responsabilidade internacional do Estado (no caso brasileiro, da União). A título de exemplo, cabe mencionar que atualmente estão pendentes na Comissão Interamericana de Direitos Humanos mais de quarenta casos internacionais contra o Brasil, que poderão (se houver fatos novos) ser submetidos à jurisdição da Corte Interamericana. Uma vez mais, é a União que será convidada a responder internacionalmente pela violação. Ver: *Direitos Humanos Internacionais e Jurisdição Supra-Nacional: A exigência da Federalização*, p. 3

⁷⁴ Id. Ibid. p. 4

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 53-87, jul./dez. 2005

Já o segundo aspecto, e de mais difícil trato, diz com a indeterminação presente na expressão *grave violação dos direitos humanos*, o que torna o conteúdo da norma vago e impreciso, o que pode contribuir para casuísmos descabidos em tema tão importante.

Para o preenchimento de sentido da norma, no particular, tem-se tentado explicitar as situações nas quais se configuraria tal violação, dentre eles: a tortura, atos de grupos de extermínio, crimes contra etnias ou grupos sociais, crimes praticados por discriminação de qualquer tipo, trabalho escravo ou de crianças, como referido no Boletim dos Procuradores da República – n. 14, junho/99.

Entretanto, uma última questão se apresenta. Dizendo a norma que esta “federalização” ocorrerá para *assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos* tal comando deverá ser relacionado com o tratamento constitucional de tais instrumentos. Ora, desde a origem da CF/88 e ainda hoje, como se vê neste texto, a questão da incorporação e internalização destes tratados é debatida, merecendo, inclusive, tratamento nesta EC 45/04.

Na medida em que os conteúdos de direitos humanos presentes nestes tratados são incorporados à ordem constitucional pátria, independentemente da forma como isto ocorre, elas passam a compor o elenco de direitos fundamentais reconhecidos constitucionalmente e, assim, se autonomizam em face do instrumento jurídico originário. Assim sendo, tais conteúdos não ficam passíveis de serem objeto de tal deslocamento de competência, o que esvazia o conteúdo desta norma, na medida em que, de regra, os conteúdos de direitos humanos se transferem dos tratados para a ordem jurídica interna, em nível constitucional como visto.

Ou seja, a extensão possível da previsão normativa é bastante limitada, ficando dirigida apenas àquelas situações em que não houve a passagem do direito internacional dos direitos humanos para o direito nacional. Nas demais situações a possibilidade de deslocamento de competência não se apresenta.

Tal dúvida hermenêutica, ao que se observa do debate presente no seio dos movimentos e programas de direitos humanos vai de encontro à busca de uma maior efetividade destes conteúdos, porém parece-nos que emerge do resultado final do texto aprovado, devendo, ainda, ser considerado que não nos parece uma garantia efetiva de respeito aos direitos humanos o fato de a sua afetação ser objeto de tratamento no âmbito da jurisdição federal, apesar dos exemplos de fragilidade muitas vezes sentidos, como no caso “célebre” do julgamento de Eldorado dos Carajás, no Pará.

Ainda, é de ser anotado que esta “federalização” não reduz o impacto do reconhecimento do poder normativo dos TIDH como instrumentos de composição do sentido da ordem jurídica inter, como referido no item 1.2 desta parte segunda.

1.5 Reforma e Acesso à Justiça. O Art. 7º da EC 45/04

Art. 7º O Congresso Nacional instalará, imediatamente após a promulgação desta Emenda Constitucional, comissão especial mista, destinada a elaborar, em cento e oitenta dias, os projetos de lei

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 53-87, jul./dez. 2005

necessários à regulamentação da matéria nela tratada, bem como promover alterações na legislação federal objetivando tornar mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional.

O art. 7º acima transcrito vem, na esteira da garantia inclusa no art. 5º pela mesma EC 45/04, pautar a atuação do Congresso Nacional, o qual ficou constrangido a, por meio de comissão especial, promover modificações estruturais no modelo jurisdicional brasileiro com vistas a constituir mecanismos aptos a viabilizar o maior e melhor acesso à justiça, veiculando estratégias para que o tratamento de conflitos repercuta uma ampliação da cidadania, seja pela desobstrução no acesso ao conhecimento do direito e aos mecanismos de prestação jurisdicional, nas suas mais variadas formas e fórmulas – conflitual e consensual – bem como na oferta de respostas em quantidade e qualidade compatíveis com o direito do cidadão à solução pacífica dos conflitos.

Assim, esta comissão especial mista deverá, no prazo estabelecido pela regra – 180 dias – apresentar sugestões legislativas, pautadas pelo conteúdo e sentido das mudanças promovidas e novidades trazidas pela EC 45/04, promovendo, assim, uma primeira atribuição de sentido aos seus pressupostos.

Tais propostas deverão, irremediavelmente, vir marcadas pelo caráter presente no texto constitucional da Reforma do Judiciário, em particular no que diz com a ampliação, facilitação e qualificação no/do acesso à justiça, tendo que o mesmo não se desvincula de um amplo e precedente acesso ao direito e um reconhecimento de uma maior cidadania jurídica e jurisdicional, considerando, em particular e especialmente, todo o debate respeitante às crises da administração da justiça pretendido resumir na parte inaugural deste trabalho.