

A crise do Estado e a inadequação de nossos instrumentos jurídicos: o exemplo do garantismo penal no Brasil*

The crisis of the State and the inadequacy of our legal instruments: the example of criminal garantism in Brazil

Oswaldo Poll Costa**

Francisco Quintanilha Veras Neto***

Resumo

O presente artigo visa demonstrar, por meio de uma análise baseada no método de abordagem fenomenológico-hermenêutica, que a doutrina produzida no Brasil pelos autores que se filiam ao garantismo penal está arraigada a um pensamento essencialmente moderno, sendo, portanto, incapaz de compreender, adequadamente, o atual cenário mundial, marcado pela crise do Estado e pela hipermodernidade. Considerando-se que a crítica realizada nesse estudo cinge-se à produção doutrinária, foi possível constatar, por meio de uma pesquisa exclusivamente bibliográfica, que esses autores centram sua análise na Constituição e na jurisdição interna, utilizando os tratados internacionais de direitos humanos e a jurisdição internacional majoritariamente como um reforço argumentativo, em evidente dissintonia com mundo atual, em que as relações internacionais exercem um papel cada vez mais relevante.

Palavras-chave: Garantismo. Hipermodernidade. Direitos humanos.

Abstract

The present essay aims to demonstrate, through a phenomenological-hermeneutic perspective, the doctrine made in Brazil by the authors who follow the criminal garantism approach is connected with the modern rationality, being unable to adequately understand the current world scenario, characterized by the crisis of the State and by hypermodernity. Considering that the analysis carried out in this study is limited to the academic production, it was possible to verify, through an exclusively bibliographical research, these authors focus their analysis on the Constitution and internal jurisdiction, using international human rights treaties and international jurisdiction mostly as an argumentative reinforcement, in evident contradiction with the current world context, where international relations play an increasing role.

Keywords: Garantism. Hypermodernity. Human rights.

* Recebido em 29/01/2019
Aprovado em 21/08/2019

** Procurador da Fazenda Nacional. Ex-Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Pós-graduado em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura Federal - ESMAFE-RS. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande. Graduado em História pela Universidade Federal do Rio Grande. Integrante do Grupo Transdisciplinar de Pesquisa Jurídica para a Sustentabilidade/GTJUS (CNPq). E-mail : oswaldopoll@gmail.com.

*** Graduação em Direito pelo Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina (1996), Curso de Aperfeiçoamento na Escola da Magistratura do Estado de Santa Catarina em 1997, Mestrado em Direito na área de concentração de Instituições jurídico-políticas pela Universidade Federal de Santa Catarina (2000) e Doutorado em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (2004). Pós-Doutorado em Direito na UFSC (2014). Atualmente é professor Associado IV, da Universidade Federal de Santa Catarina, nas disciplinas de Filosofia do Direito, Teoria do Direito II, Introdução ao Direito no Curso de Direito, e de Instituições de Direito Público no curso de Economia da UFSC. Assim como nas disciplinas de Noções de Direito nos cursos de Engenharia Mecânica e Química da UFSC. Tem experiência na área de Ciências Sociais Aplicadas e Humanas, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Ambiental, Ecologia Política e Justiça Ambiental, História do Direito, Filosofia do Direito e Sociologia do Direito, Cooperativismo, Introdução ao Direito, Direitos Humanos e Teoria do Direito. E-mail : quintaveras@gmail.com.

1 Introdução

A crise do Estado traz consigo uma série de questionamentos a respeito de vários conceitos que foram fundamentais durante toda a modernidade. Indubitavelmente, um desses conceitos é a soberania, cujo conteúdo e alcance são, atualmente, bastante discutidos.

Várias mudanças ocorridas no mundo, nas últimas décadas, levaram a esse processo. O reconhecimento da ausência de fronteiras da questão ambiental, motivada, especialmente, pelo alcance global dos processos de degradação do meio ambiente e de suas consequências; a intensa internacionalização da produção e, consequentemente, dos mercados de trabalho, das empresas e do consumo; e o fluxo global cada vez mais acelerado de capitais podem ser citados. O aspecto que mais interessa a esse trabalho, entretanto, é a questão dos direitos humanos. Após a Segunda Guerra Mundial, percebeu-se que a proteção dos direitos humanos, ou, pelo menos, de um conjunto mínimo de direitos fundamentais, não pode ser deixada a cargo exclusivamente de cada país, o que motivou a assinatura de vários pactos internacionais e a criação de diversas organizações transnacionais.

Quando analisamos a recepção desse processo de internacionalização dos direitos humanos em nosso país, faz-se mister analisar o garantismo penal. O garantismo ultrapassa, largamente, o aspecto penal, mas, no Brasil, foram o direito penal e o direito processual penal que mais amplamente se utilizaram dos referenciais teóricos do garantismo. A importância da análise do garantismo penal para compreender a questão dos direitos humanos no Brasil deve-se ao fato de ser essa uma das principais linhas de pensamento a defender, em nosso país, a ampla aplicação dos direitos humanos a um dos ramos do direito em que a proteção desses é mais necessária — até mesmo por ser uma das áreas em que essa aplicação é mais questionada —, que é a seara penal.

Ainda que, como dito acima, a crise do Estado desperte questionamentos a respeito de conceitos cujo conteúdo foi de fundamental importância durante o período moderno, buscar-se-á demonstrar que as mudanças ocorridas no mundo, nas últimas décadas, revelam não um rompimento com a modernidade, mas sim uma exacerbação dessa. O inchaço das atividades financeiras, da circulação de capitais e de informações, do consumo, entre outros, são elementos que apontam

estarmos vivendo em um período de extremos: uma *hipermodernidade*.

Uma das características da modernidade sempre foi a tensão entre a territorialidade e a mundialidade, entre a soberania nacional e as relações internacionais, mas com clara proeminência da primeira sobre a segunda. Na hipermodernidade, essa tensão também está exacerbada. A soberania é questionada *justamente* em razão da crescente importância das relações internacionais, devido aos fatores acima mencionados. Não se pode mais falar em preponderância do aspecto interno sobre o externo. Estranhamente, a produção acadêmica em diversas áreas do direito parece ignorar a relevância dessas mudanças. Esse é o caso da doutrina produzida no Brasil sobre o garantismo penal. Evidentemente, essa não ignora completamente a existência dos tratados internacionais e da jurisdição internacional. Todavia, os autores nacionais focam, claramente, a sua análise do aspecto interno, dando evidente proeminência a este. A análise feita pelos autores é, portanto, essencialmente *moderna* e não *hipermoderna*.

O método de abordagem é, portanto, o fenomenológico-hermenêutico, pois a pesquisa tem por objetivo final uma reconstrução conceitual dos fenômenos jurídicos estudados.

2 A crise do Estado e os direitos humanos

A noção tradicional de soberania é bem definida por Lenio Streck e José Luis Bolzan de Moraes como um poder “que é juridicamente incontestável, pelo qual se tem a capacidade de definir e decidir acerca do conteúdo e aplicação das normas, impondo-as coercitivamente dentro de um determinado espaço geográfico, bem como fazer frente a eventuais injunções externas¹”. Esse poder, comumente caracterizado como uno, indivisível, inalienável e imprescritível, é uma das bases sobre as quais se estruturou o conceito moderno de Estado.

Todavia, a atual conjuntura internacional tem apresentado significativas mudanças no cenário desenhado

¹ MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 82. Sobre o tema, ver também MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

quando da formação dos Estados Nacionais, tornando insustentável a definição há pouco apresentada. É cada vez maior a interdependência entre os Estados, indicando uma significativa conexão entre as ideias de soberania e de cooperação, o que afeta, significativamente, a pretensa autonomia desses sujeitos de direito internacional. Mesmo que se compreenda que a formação de blocos de países tem se dado por meio de tratados fundados na própria soberania de cada participante, fica evidente a necessidade de revisão dos postulados que sempre sustentaram o conceito de Estado.

É importante ressaltar que essa interdependência se dá nos mais diversos âmbitos, que vão desde acordos de cooperação jurídica internacional — relativos, por exemplo, à compatibilização de procedimentos persecutórios no âmbito penal — até a formação de grandes blocos econômicos transnacionais, passando, evidentemente, por compromissos de cunho ambiental. Nesse sentido:

as chamadas comunidades supranacionais — Comunidade Econômica Europeia/CEE/ União Europeia, NAFTA, MERCOSUL etc. particularmente a primeira, impuseram uma nova lógica às relações internacionais e, conseqüentemente, atingiram profundamente as pretensões de uma soberania descolada de qualquer vínculo ou limitação. O que se percebe, aqui, é uma radical transformação nos poderes dos Estados-Membros, especialmente no que se refere a tarifas alfandegárias, aplicação de normas jurídicas de direito internacional sujeitas à apreciação de Cortes de Justiça supranacionais, emissão de moeda, alianças militares, acordos comerciais etc.²

Outro importante aspecto desse crescente processo de cooperação entre os Estados diz respeito à questão dos direitos humanos. De fato, o movimento de proteção internacional dos direitos humanos baseia-se na compreensão de que toda nação tem a obrigação de respeitar os direitos de seus cidadãos e de que a comunidade internacional está autorizada a protestar se um Estado não cumprir suas obrigações. De fato, segundo Flávia Piovesan³, o “Direito Internacional dos Direitos Humanos” surge em decorrência da Segunda Guerra Mundial e seu desenvolvimento pode ser atribuído às

graves violações de direitos humanos do Nazismo e à convicção de que, pelo menos, parte desses fatos poderiam ter sido evitados se houvesse um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos.

Este é um movimento internacional de ampliação e aprofundamento dos direitos humanos que implica na crença da irreversibilidade dos direitos já declarados como um conjunto de direitos fundamentais em vigor que se impõe aos Estados Nacionais e aos Estados no plano internacional, aos poderes constituintes, a Organização das Nações Unidas e as Organizações regionais de Estados⁴.

Concebeu-se, portanto, a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao âmbito interno do Estado, ou seja, não deve se restringir à competência nacional exclusiva ou à jurisdição doméstica exclusiva, porque diz respeito a tema de legítimo interesse internacional. Essa concepção impõe, obviamente, a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções nos Estados, visando à proteção dos direitos humanos: “isto é, permitem-se formas de monitoramento e responsabilização internacional, quando os direitos humanos forem violados⁵”.

De fato, alguns autores, como Stefano Rodotà⁶, chegam a trabalhar com uma perspectiva de “fim da geografia”, pensando os direitos, de maneira geral, em uma dimensão sem fronteiras e sem limites geográficos. Essa visão traz à tona problemas inéditos, que afetam, decisivamente, o direito e todos os seus atores, bem como seus locais de produção. Isso não implica, obviamente, uma perda do próprio direito, mas uma busca por novas formas de trabalhá-lo e até mesmo de pensá-lo. Em outras palavras, “esse deslocamento não indica o fim do direito, mas sua realocação, agora *sconfinata*, assim como sua readequação a novos conteúdos⁷”.

Os aspectos até aqui comentados demonstram a

² MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 83.

³ PIOVESAN, Flávia. *Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos*: jurisprudência do STF. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16470-16471-1-PB.pdf>. Acesso em: 24 set. 2017. p. 2.

⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 80.

⁵ PIOVESAN, Flávia. *Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos*: jurisprudência do STF. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16470-16471-1-PB.pdf>. Acesso em: 24 set. 2017. p. 3.

⁶ Sobre o tema, ver RODOTÀ, Stefano. *El derecho a tener derechos*. Madri: Ed. Trotta, 2014.

⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. *Políticas públicas e jurisdição constitucional*: entre direitos, deveres e desejos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 49.

necessidade de revisar o caráter soberano atribuído ao Estado contemporâneo, ou, pelo menos, os termos em que se dá essa pretensa soberania. Nas palavras de Bolzan de Moraes e Streck, “não se trata mais da constituição de uma ordem todo-poderosa, absoluta. Parece, indubitavelmente, que se caminha para o seu esmaecimento e/ou transformação como elemento caracterizador do poderio estatal”. E prosseguem os referidos doutrinadores, afirmando que “em nível de relações externas, mais visivelmente, percebe-se a construção de uma ordem de compromisso(s), e não de soberania(s)”⁸.

Por fim, é necessário referir que, nos últimos anos, presenciamos a emergência de movimentos de renacionalização em várias partes do mundo, sendo uma das principais manifestações desse fenômeno a saída do Reino Unido da União Europeia⁹, o que poderia levar a um questionamento sobre a continuidade do processo relativização da soberania estatal. Gunther Teubner afirma estarem esses movimentos em ambos os lados do espectro político, motivados, em grande parte, por questionamentos sobre a legitimidade democrática dos regimes transnacionais¹⁰.

Ao lado desses movimentos de renacionalização, assiste-se ao processo de adoção de políticas neoliberais de austeridade que tem ocasionado a quebra de políticas públicas do Estado Social colonizado pela lógica rentista dos mercados, em que dívidas privadas são assumidas como dívidas públicas nacionais nos processos de resgate bancário depois da crise de 2008 com a culpabilização dos Estados pela sua “ineficiência”¹¹, que resultou em uma ofensiva contra os direitos sociais que são reduzidos ou extintos por meio da naturalização das premissas neoliberais que destroem o imaginário social e a utopia, e se tornam a nova razão do mundo, criando

uma subjetividade dominante ditada pela governabilidade neoliberal com a diluição do direito público em detrimento do privado¹² na sociedade do espetáculo, engendrando processos que conduzem a tempos que se encaminham para práticas neo-obscurantistas e pós-democráticas com a espetacularização da justiça e a demonização da democracia que se materializa no contexto brasileiro contemporâneo¹³.

Nesse processo se forma toda camada populacional de sujeitos excluídos de direitos, uma *underclass* que é composta, também, pelos fenômenos migratórios que transformam a população de um dado fixo ligado a um dado território específico, em um recurso móvel amplamente selecionável e manipulável¹⁴.

Teubner lembra, entretanto, que é do interesse desses regimes confrontar os seus problemas de legitimidade, já que esses dependem, em grande medida, da cooperação voluntária de seus membros — ainda que existam, evidentemente, mecanismos de persuasão. Desse modo, os organismos internacionais devem gerar a sua própria legitimação para conseguir implementar suas regras, especialmente tendo em vista que a capacidade desses para resolver problemas de uma maneira eficaz depende de sua aceitação como atores legítimos na visão das partes interessadas¹⁵.

É, portanto, no mínimo, questionável se estamos assistindo a um recrudescimento dos Estados nacionais ou apenas a uma nova manifestação da crise das democracias modernas, como afirma David Runciman. De fato, esse autor defende que tanto o *Brexit* quanto a eleição de Donald Trump para a presidência dos EUA são consequências diretas da crise econômica de 2008, bem como das medidas que foram tomadas para amenizar suas consequências.

⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 84.

⁹ Além do chamado *Brexit*, outra evidência nesse sentido foi a eleição de Donald Trump para a presidência dos EUA, utilizando uma plataforma claramente conservadora, baseada — ao menos retoricamente — em frases como “uma América [EUA] para os americanos [estadunidenses] em primeiro lugar” e “fazer a América [EUA] grande outra vez”.

¹⁰ Sobre o tema, em especial sobre a alegada carência de legitimidade democrática dos regimes internacionais, ver TEUBNER, Gunther. *Quod omnes tangit: Transnational Constitutions Without Democracy?*. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3094088. Acesso em: 19 jan. 2018. onde o autor trabalha com extensa bibliografia.

¹¹ BLITH, Mark. *Austeridade: a história de uma ideia perigosa*. Traduzido por Freitas e Silva. São Paulo: Autonomia Literária, 2017.

¹² DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. Tradução Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.

¹³ CASARA, Rubens R. R. *Estado Pós-Democrático*. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

¹⁴ SANTORO, Emílio. O papel do cárcere no governo das migrações do governo da população a cidadania excludentes. In: I-SANTORO, Emílio; BATISTA, Gustavo Mesquita; ZENAIDE, Maria de Nazaré Tavares; TONEGUTTI, Rafaela Greco. (org.). *Direitos Humanos em uma época de insegurança*. Porto Alegre, 2010. p. 117.

¹⁵ SANTORO, Emílio. O papel do cárcere no governo das migrações do governo da população a cidadania excludentes. In: I-SANTORO, Emílio; BATISTA, Gustavo Mesquita; ZENAIDE, Maria de Nazaré Tavares; TONEGUTTI, Rafaela Greco. (org.). *Direitos Humanos em uma época de insegurança*. Porto Alegre, 2010. p. 2.

Runciman afirma que o que aconteceu em 2008 mudou a dinâmica da democracia ocidental. Passados alguns anos do ápice da crise econômica, a crença de que ninguém havia sido punido pela quase-calamidade — e, além disso, de que aqueles que deveriam ter sido punidos estavam ganhando mais dinheiro do que nunca — precisava de uma resposta. As medidas tomadas pelos governos evitaram piores consequências para a economia, mas também protegeram os responsáveis. Então, a resposta veio por meio das votações que elegeram Trump e decidiram pela saída do Reino Unido da União Europeia. Apesar das diferentes circunstâncias e consequências desses dois processos, eles têm isso em comum: foram uma oportunidade para um número suficientemente grande de pessoas para registrar que crise não havia acabado para eles. Como resultado, eles próprios produziram uma nova crise¹⁶.

3 A pós-modernidade e a hipermodernidade

Faz-se mister, entretanto, colocar em perspectiva as afirmações até aqui feitas. Ainda que seja indubitável a mudança de paradigma ocorrida, nas últimas décadas, em relação à centralidade do modelo estatal, não se pode afirmar que a tensão entre uma perspectiva nacionalista e uma internacionalista seja um fenômeno recente.

Segundo Anthony Giddens, os teóricos das relações internacionais usualmente estudam o desenvolvimento do sistema de Estados-nação analisando suas origens na Europa e sua posterior disseminação em escala mundial. Os Estados soberanos surgiram, primeiramente, como entidades amplamente separadas, tendo um controle administrativo quase completo no interior de suas fronteiras. Conforme o sistema do Estado europeu amadurece e vai se tornando um sistema global de Estados-nação, os padrões de interdependência ficariam, cada vez mais, desenvolvidos. Estes não se expressariam somente nos vínculos que os Estados formam uns com os outros no contexto internacional, mas também na criação de organizações intergovernamentais. Entretanto, esse quadro não está totalmente correto, já que, como afirma o referido autor:

¹⁶ RUNCIMAN, David. *The Confidence Trap: a history of democracy in Crisis from World War I to the Present*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2017. p. 336.

o poder soberano dos estados modernos não se formou antes do envolvimento destes no sistema de estados-nação, e mesmo no sistema de estados europeu, mas sim desenvolveu-se em conjunção com ele. Na verdade, a soberania do estado moderno foi desde o início dependente das relações entre estados, em termos das quais cada estado (em princípio, e de modo algum na prática) reconhecia a autonomia dos outros dentro de suas fronteiras. Nenhum estado, por mais poderoso, detinha tanto controle da soberania na prática como era venerado no princípio legal¹⁷.

Em outras palavras, o próprio desenvolvimento dos Estados nacionais deu-se de maneira intrinsecamente conectada ao conjunto das relações internacionais presentes no contexto europeu quando desse desenvolvimento. Nunca existiu, na prática, a soberania quase absoluta desenhada nos modelos teóricos.

Além disso, esse processo — de desenvolvimento, consolidação e posterior crise dos Estados nacionais — também não se deu de maneira uniforme, ao longo dos séculos, nas diversas partes do globo. A perda de autonomia por alguns Estados em determinados períodos veio acompanhada por um aumento dessa em relação a outros atores em diferentes regiões do mundo, como aconteceu, por exemplo, no pós-guerra, com a assinatura de diversos tratados internacionais pelas nações europeias concomitantemente à formação de vários Estados nacionais no processo de descolonização afro-asiático.

Durante toda a modernidade, portanto, existiu certa tensão entre uma perspectiva nacionalista e uma internacionalista, ainda que com uma clara proeminência, especialmente no aspecto conceitual, da primeira sobre a segunda. Em outras palavras, o período moderno consagrou a preponderância do Estado-nação, mas a própria centralidade desse deveu-se à forma como foram tecidas as relações internacionais durante a sua construção.

É nesse contexto que se insere o debate entre a *pós-modernidade* e a *hipermodernidade*. Segundo Gilles Lipovetsky, nos dias atuais, longe de assistirmos ao fim da modernidade, vemos a sua consumação¹⁸. Até fins dos

¹⁷ GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Editora da UNESP, 1991. p. 71-72.

¹⁸ É interessante notar que, apesar de questionar a propriedade do termo “pós-moderno”, Lipovetsky defende que esse possuía — na década de 1970 — algum mérito, qual seja, o de salientar uma mudança de direção. LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004, p. 54. No mesmo sentido, Anthony Giddens afirma, sobre o termo “pós-modernidade”, que “afora o sentido geral de se estar vivendo um período

anos 70, essa estava enquadrada por um conjunto de contrapesos. Além do papel da Igreja, que conservava forte ascendência sobre as consciências, “os partidos revolucionários prometiam outra sociedade, liberta do capitalismo e da luta de classes; o ideal de Nação legitimava o sacrifício supremo dos indivíduos; o Estado administrava numerosas atividades da vida econômica¹⁹”. Todavia, não estamos mais naquele mundo. A sociedade, que agora se apresenta, é aquela na qual a modernidade não encontra uma resistência organizada e consistente:

eleva-se uma segunda modernidade, desregulamentadora e globalizada, sem contrários, absolutamente moderna, alicerçando-se essencialmente em três axiomas constitutivos da própria modernidade anterior! o mercado, a eficiência técnica, o indivíduo. Tínhamos uma modernidade limitada; agora, é chegado o tempo da modernidade consumada²⁰.

Outro ponto fulcral da atual conjuntura internacional é a queda do muro de Berlim e o fim da Guerra Fria que inaugura um novo ciclo imperial sob liderança da “*pax americana*”, que se transforma na potência dominante do sistema global, com a primeira guerra do Iraque de 1991, com a implementação de uma nova ordem mundial (*new world order*), perspectivas de segurança global (*global security*), que sofre novos desdobramentos com o 11 de Setembro, com a marginalização da ONU²¹.

Assim, diversos aspectos de nosso cotidiano demonstram uma escalada aos extremos. O inchaço das atividades financeiras e dos volumes de capital em circulação no planeta, a profusão de mercadorias nos hipermercados e *shopping centers* cada vez maiores, a tecnolo-

gia e suas transformações vertiginosas, as aglomerações urbanas e suas gigantescas metrópoles. Até mesmo os espetáculos, com o seu hiper-realismo que encena a transparência total, demonstram a exasperação ocorrida, em diversos níveis, nas relações sociais. Entretanto, é provável que em nenhum outro campo o mencionado fenômeno reste tão evidente quanto em relação ao aspecto digital. A troca constante e globalizada de informações em tempo real, especialmente por meio da internet, com o “seu dilúvio de fluxos numéricos (milhões de sites, bilhões de páginas, trilhões de caracteres, que dobram a cada ano)²²” dão a exata dimensão do processo aqui mencionado. Resta evidente, portanto, que não presenciamos a superação da modernidade, mas, pelo contrário, a sua exacerbação.

Seguindo linha análoga, Giacomo Marramao afirma que a “condição pós-moderna” não se encontra em uma relação de ruptura, “mas antes de íntima continuidade (ainda que seja uma continuidade de filha ilegítima) com o Moderno: nada mais é que a derivação das suas premissas, a heterogênesse das suas finalidades projetuais²³”.

De fato, sustenta Marramao que a identificação entre a política e o Estado é uma característica específica da época moderna e, desse modo, não corresponde mais à situação do mundo globalizado, cujos perfis dominantes desenhavam uma tendência cada vez menos reconduzível ao paradigma centralístico-hierárquico da soberania. Entretanto, isso não sustenta as teses pós-modernas, pois essas enfatizam, demasiadamente, o aspecto da fragmentação e da dispersão, ofuscando as novas lógicas e os novos poderes de fusão do mundo

de nítida disparidade do passado, o termo com frequência tem um ou mais dos seguintes significados: descobrimos que nada pode ser conhecido com alguma certeza, desde que todos os ‘fundamentos’ preexistentes da epistemologia se revelaram sem credibilidade; que a ‘história’ é destituída de teleologia e conseqüentemente nenhuma versão de “progresso” pode ser plausivelmente defendida; e que uma nova agenda social e política surgiu com a crescente proeminência de preocupações ecológicas e talvez de novos movimentos sociais em geral”. GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: Editora da UNESP, 1991. p. 52.

¹⁹ LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004, p. 54.

²⁰ LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004, p. 55.

²¹ ZOLO, Danilo. Reforçar e democratizar as instituições internacionais. In: I- SANTORO, Emílio; BATISTA, Gustavo Mesquita; ZENAIDE, Maria de Nazaré Tavares; TONEGUTTI, Rafaela Greco. (org.). *Direitos Humanos em uma época de insegurança*. Porto Alegre, 2010. p. 22.

²² LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 55.

²³ MARRAMAIO, Giacomo. *Poder e secularização: as categorias do tempo*. São Paulo: Editora da UNESP, 1995. p. 170. Afirma, ainda, o referido autor que “a perda definitiva do sentido-centro daquilo que as grandes filosofias da história chamavam Processo é conseqüência do impacto retroativo exercido sobre o território-história pela descoberta do princípio de irreversibilidade na natureza. O *déplacement* é próprio ao tempo da entropia como tempo do após-progresso: tempo de sacrifício do presente sem contrapartida, tempo-a-perder, tempo de mera subtração. Assim, há uma íntima interdependência entre o déficit crônico de legitimação dos Estados contemporâneos e a contra-finalidade do projeto progressista: a queda do futuro como potência simbólica. A ‘dromomania’ que acomete as estruturas institucionais e normativas da hipermodernidade (termo que nitidamente preferimos ao de ‘pós-modernidade’) é um sintoma da dificuldade de manter vivo o simbolismo social: conseqüência da obrigação de reproduzir o programa da futurização sem ter mais a possibilidade do recurso simbolicamente eficaz aos mitos do progresso e da revolução”. *Ibidem*, p. 170.

globalizado. Afirma, assim, que a globalização não é um evento *pós-moderno*, mas sim *hipermoderno*. Ela se configura como um pressuposto e uma consequência da modernidade. O fenômeno da globalização que assistimos atualmente, na sua indiscutível amplitude e relevância, constitui o último — e, ao mesmo tempo, provisório — capítulo de uma série de globalizações sucessivas que têm feito o contraponto ao moderno processo de civilização. Sua característica hipermoderna consiste no fato de que ela traz às últimas consequências um campo de tensão que atravessou os quatro séculos da modernidade: a tensão entre o princípio da mundialidade e o princípio da territorialidade²⁴.

De fato, é necessário notar que essa dicotomia entre um cenário de intensas relações internacionais — ocorrendo em diversos níveis e necessárias para a definição do conteúdo e alcance, tanto no plano teórico quanto na prática, do próprio Estado nacional — por um lado, e de uma perspectiva interna centrada no modelo estatal, por outro, não é um fenômeno pós-moderno, mas sim *moderno*. Foi assim que se desenvolveram as relações mundiais durante toda a modernidade.

Desse modo, não estamos assistindo, nos dias atuais, a uma transformação de modelo, mas sim a uma mudança de escala e, quiçá, de foco. Mudança de escala, pois a referida tensão entre o Princípio da Mundialidade e o da territorialidade, para utilizarmos a nomenclatura de Marramao, está mais intensa nas últimas décadas do que esteve em qualquer outro período da modernidade. E mudança de foco pois, pela primeira vez, é possível perceber uma tendência à proeminência das relações internacionais sobre a política interna dos Estados ou, pelo menos, a uma atribuição de igual peso à perspectiva internacional e à nacional.

4 A posição dos tratados de direitos humanos no Brasil

4.1 A Doutrina Nacional e a Decisão do STF no RE nº 466.343-SP

Conforme acima explicitado, um dos principais temas que tem levado a uma revisão da noção tradicional

²⁴ MARRAMAIO, Giacomo. *Tertium datur?*. Tradução de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Texto ainda não publicado. p. 2.

de soberania — e, conseqüentemente, do próprio conceito de Estado — é a questão dos direitos humanos. De fato, o raciocínio até aqui explicitado adéqua-se, completamente, à lógica da proteção, nacional e internacional, desses direitos.

Nesse sentido, vale lembrar que as Constituições contemporâneas tendem a assumir uma abertura expansionista, abarcando direitos humanos previstos em tratados internacionais. Esse fenômeno pode dar-se de forma implícita — pela mera aceitação da eficácia dos tratados internacionais de direitos humanos firmados pelos representantes dos Estados — ou, como no caso brasileiro, de forma expressa. De fato, a Constituição Federal de 1988 prevê, no § 2º do artigo 5º, que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Esse dispositivo, presente no texto originário da Constituição Federal de 1988, levou muitos autores a defenderem que todos os tratados internacionais de direitos humanos incorporados à ordem jurídica brasileira têm *status* de norma constitucional.

Nessa linha, Flávia Piovesan defende que, à luz do disposto no art. 5º, § 2º, da Carta de 1988, os direitos fundamentais podem ser organizados em três distintos grupos: a) o dos direitos expressos na Constituição Federal; b) o dos direitos implícitos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta constitucional; e c) o dos direitos expressos nos tratados internacionais dos quais o Brasil faz parte. Assevera, assim, a referida autora, que a Constituição de 1988 inova ao incluir, entre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário: “ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma hierarquia especial e diferenciada, qual seja, a de norma constitucional²⁵”.

Essa posição perdeu força com a incorporação do § 3º ao artigo 5º da Constituição, por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, que passou a dispor que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Con-

²⁵ PIOVESAN, Flávia. *Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos*: jurisprudência do STF. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16470-16471-1-PB.pdf>. Acesso em: 24 set. 2017. p. 8.

gresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Assim, criou-se um regime específico para a incorporação dos tratados de direitos humanos à ordem constitucional brasileira. A grande questão aqui exposta é a possibilidade da violação de cláusula pétrea e da proibição do retrocesso do art. 60, IV da Constituição de 1988, com a restrição do alcance visado pelo legislador constituinte originário expressa no parágrafo 2º do art. 5º da Constituição brasileira de 1988 sob a influência de Antônio Augusto Cansado Trindade no processo de constituinte²⁶.

A referida alteração, no entanto, não fez com que os doutrinadores abandonassem a tese da hierarquia constitucional das normas previstas em tratados de direitos humanos. Pelo contrário, muitos continuaram defendendo que todos os tratados de direitos humanos de que o Brasil é signatário e que foram internalizados em nosso ordenamento são normas materialmente constitucionais, independentemente do quórum de aprovação a que foram submetidos no Congresso Nacional. A diferença residiria, apenas, no fato de que os tratados aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, seriam normas formalmente constitucionais.

Nesse sentido, Valério Mazzuoli afirma que, tecnicamente, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil já têm status de norma constitucional, em virtude do disposto no § 2º do art. 5º da Constituição, pois, se a Constituição não exclui os direitos humanos provenientes de tratados, pode-se concluir que ela própria os inclui no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu “bloco de constitucionalidade” e atribuindo-lhes hierarquia de norma constitucional. Mazzuoli exclui, já em seu ponto de partida, o entendimento de alguns autores, de que os tratados de direitos humanos não aprovados na forma prevista no § 3º do art. 5º da Constituição equivaleriam, hierarquicamente, à lei ordinária federal, uma vez que estes teriam sido aprovados, apenas, por maioria simples e não pelo *quorum* que lhes impõe o mencionado parágrafo. Conclui, assim, que “o quórum que o § 3º do art. 5º estabelece serve tão-somente para atribuir eficácia formal a esses tratados no nosso ordenamento

jurídico interno, e não para atribuir-lhes a índole e o nível materialmente constitucionais que eles já têm em virtude do § 2º do art. 5º da Constituição²⁷”.

No mesmo sentido, Flávia Piovesan rejeita a ideia de que, em face do § 3º do art. 5º, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam obtido o *quorum* qualificado de três quintos, previsto pelo texto constitucional. Ela lembra que os tratados de proteção dos direitos humanos ratificados, antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, contaram com ampla maioria na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, excedendo, na maior parte dos casos, o *quórum* dos três quintos dos membros em cada Casa. Todavia, não foram aprovados por dois turnos de votação, já que — obviamente — não havia previsão para o procedimento de dois turnos.

Afirma a referida autora:

reitere-se que, por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quorum de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O quorum qualificado está tão-somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a “constitucionalização formal” dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno²⁸.

No âmbito jurisprudencial, por outro lado, houve a consolidação do entendimento do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento, em 3 de dezembro de 2008, do Recurso Extraordinário nº 466.343-SP, em que se questionava a possibilidade da aplicação da prisão civil do depositário infiel em face do Pacto de San José da Costa Rica. Na ocasião, a maioria dos Ministros acompanhou o voto-vista do Ministro Gilmar Mendes, que considerou serem os tratados de direitos humanos normas supralegais, estando, portanto, abaixo da Constituição, mas acima de toda a legislação infraconstitucional.

Apesar de definida a posição da Suprema Corte, o referido julgado não encerrou a celeuma no campo doutrinário. A maior parte dos autores que defendia o caráter materialmente constitucional de todos os tratados de direitos humanos assinados pelo Brasil não mo-

²⁶ SANTOS, Carlos Frederico. *Tratados de Direitos Internacionais. Uma reflexão sobre a inconstitucionalidade do § 3º do art. 5º da CF. Boletim Científico ESMPTU*, Brasília, ano 12, n. 41, p. 13- 43 jul./dez. 2013.

²⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 3. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 764.

²⁸ PIOVESAN, Flávia. Flávia. *Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: jurisprudência do STF*. p. 19. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16470-16471-1-PB.pdf>. Acesso em: 24 set. 2017.

dificou sua posição e espera uma mudança jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

José Luis Bolzan de Moraes, por exemplo, em sua obra *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço Temporal dos Direitos Humanos*, após referir a inserção do § 3º no artigo 5º da Constituição Federal, por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, bem como a jurisprudência do STF que localizou os tratados internacionais de direitos humanos como normas supralegais, afirma que é necessário perceber o caráter inovador da norma prevista no § 2º do artigo 5º, constituindo-se esta “como cláusula constitucional aberta, pois, a partir dela pode-se construir a hipótese que se asenta na perspectiva de que a mesma atribuiria natureza de norma constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos”²⁹. Ele faz isso a partir de uma interpretação teleológica e sistemática do texto de 1988, que considera a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais como axiomas do fenômeno constitucional, vinculados à legitimidade material da Constituição.

Entretanto, está consolidado, até os dias atuais, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos que não foram aprovados com o procedimento análogo ao das emendas constitucionais são normas supralegais³⁰.

²⁹ MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 117.

³⁰ Vale frisar que essa não é a posição de todos os ministros da Suprema Corte. No mesmo julgado em que restou definida a atual posição do STF, o Ministro Celso de Mello reavaliou seu próprio entendimento, explicitado em julgados anteriores, sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos, para sustentar a existência de um regime jurídico misto, baseado na distinção entre os tratados tradicionais e os tratados de direitos humanos, conferindo aos últimos hierarquia constitucional. Nesse sentido, argumentou: as razões invocadas neste julgamento, no entanto, convencem-me da necessidade de se distinguir, para efeito de definição de sua posição hierárquica em face do ordenamento positivo interno, entre as convenções internacionais sobre direitos humanos (revestidas de “supralegalidade”, como sustenta o eminente Ministro Gilmar Mendes, ou impregnadas de natureza constitucional, como me inclino a reconhecer) e tratados internacionais sobre as demais matérias (compreendidos estes numa estrita perspectiva de paridade normativa com as leis ordinárias). [...] É preciso ressaltar, no entanto, como precedentemente já enfatizado, as convenções internacionais de direitos humanos celebradas antes do advento da EC n.45/2004, pois, quanto a elas, incide o parágrafo 2º do art.5º da Constituição, que lhes confere natureza materialmente constitucional, promovendo sua integração e fazendo com que se subsumam à noção mesma de bloco de constitucionalidade”.

4.2 As Cortes Internacionais e o Duplo Controle

É fundamental, nesse momento, colocar a questão sob o prisma do direito internacional dos direitos humanos. A prática reiterada das Cortes Internacionais é considerar as normas internas — mesmo as normas constitucionais — como “meros fatos”, que expressam a vontade do Estado. Não é reconhecido nem mesmo o caráter jurídico dessas normas. Isso ocorre, pois o Direito Internacional possui suas próprias fontes normativas, independentes, em regra, das fontes internas dos Estados³¹. Desse modo, o direito interno somente será utilizado se houver remissão da norma internacional.

De fato, não é difícil perceber que seria praticamente impossível conciliar todas as fontes normativas de todos os Estados que compõem os organismos internacionais e, ainda, as próprias normas criadas em âmbito internacional, a não ser que restasse estabelecida uma rígida hierarquia entre estas e aquelas — o que, ainda assim, não resolveria todos os problemas. Além disso, as leis de um país, bem como seus atos administrativos e suas decisões judiciais, certamente representam a vontade desse, principalmente quando criadas ou proferidas de acordo com as regras procedimentais previstas em seu ordenamento jurídico.

Todavia, segundo André de Carvalho Ramos³², não há qualquer incompatibilidade entre o ordenamento

³¹ André de Carvalho Ramos cita a histórica decisão da Corte Permanente de Justiça Internacional que estabeleceu que “Do ponto de vista do Direito Internacional e da Corte que é seu órgão, leis locais são meramente fatos que expressam a vontade e constituem as atividades dos Estados, da mesma forma que as decisões legais ou medidas administrativas”. Lembra, ainda, o referido doutrinador que “assim, mesmo a norma constitucional de um Estado é vista não como “norma suprema”, mas como mero fato, que, caso venha a violar norma jurídica internacional, acarretará a responsabilização internacional do Estado infrator”. RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos: análise dos mecanismos de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 381.

³² Segundo o referido autor, “adoto a teoria do duplo controle ou crivo de direitos humanos, que reconhece a atuação em separado do controle de constitucionalidade (STF e juízos nacionais) e do controle de convencionalidade (Corte de San José e outros órgãos de direitos humanos do plano internacional). Os direitos humanos, então, no Brasil possuem uma dupla garantia: o controle de constitucionalidade nacional e o controle de convencionalidade internacional. Qualquer ato ou norma deve ser aprovado pelos dois controles, para que sejam respeitados os direitos no Brasil.” RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos: análise dos mecanismos de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 404.

jurídico interno e o sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Esses direitos estão, na verdade, albergados por um “duplo controle”, em que a validade de qualquer norma deve ser aferida tanto com base na Constituição, sendo a sua guardiã a Suprema Corte, quanto em relação aos tratados internacionais de direitos humanos, cabendo a última palavra, nesse caso, às cortes internacionais.

Quando, por exemplo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos decide uma questão de forma diversa ao pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, ela o está fazendo com base em um parâmetro diferente da decisão do STF. É evidente que a Suprema Corte nacional também considera, em seus julgamentos, os tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao nosso ordenamento jurídico, *justamente* por esses já fazerem parte de nosso ordenamento. Entretanto, os considera normas supraleais, como acima explicitado — exceto, obviamente, aqueles aprovados nos termos do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal.

Por outro lado, a Corte Interamericana de Direitos Humanos utiliza como parâmetro de validade os tratados internacionais, especialmente a Convenção Americana de Direitos Humanos, considerando, como já mencionado, as normas internas como meros fatos, inclusive as disposições de ordem constitucional. O Supremo Tribunal Federal, portanto, dá a última palavra sobre a constitucionalidade dos atos normativos, mas não sobre a sua *convencionalidade*, já que a análise da compatibilidade das leis com os tratados internacionais, especialmente os de direitos humanos, cabe, em última instância, às cortes internacionais. Nisso consiste o duplo controle a que todos os atos normativos estão submetidos em matéria de proteção de direitos humanos.

Poder-se-ia, evidentemente, questionar a compatibilidade com a nossa Constituição — e, conseqüentemente, com o nosso ordenamento jurídico como um todo — da própria possibilidade de uma decisão, proferida por uma corte internacional, considerar a legislação interna e a própria Constituição Federal como meros fatos, para efeitos de responsabilização internacional do país.

A resposta, entretanto, encontra-se no próprio texto constitucional. Inicialmente, a possibilidade de firmar tratados internacionais implica, evidentemente, a necessidade de cumpri-los. Além disso, a importância dada à temática dos direitos fundamentais/direitos humanos pela Constituição demonstra que a sua proteção é um

valor fundante de nossa ordem jurídica, devendo guiar toda e qualquer interpretação do texto constitucional. Entretanto, a mais evidente demonstração de que inexistente, na Constituição Federal de 1988, qualquer incompatibilidade com o cumprimento de decisões proferidas por cortes internacionais, especialmente relativas à temática dos direitos humanos, é previsão expressa de sua defesa pelo Brasil no ADCT. De fato, prevê o artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que “O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”. Não há, portanto, margem para dúvidas: o Brasil não deverá, apenas, aderir a eventual corte de direitos humanos existente, mas, em sua falta, *propugnar* pela sua criação.

Necessário ressaltar que não há sentido na defesa de posição diversa — ou seja, de que eventual decisão proferida por corte internacional que interprete de forma diversa o conteúdo e alcance de tratado internacional não deve ser cumprida — já que, para provocar as cortes internacionais, é necessário o esgotamento dos recursos internos, tendo em vista ser a subsidiariedade³³ uma das principais características da jurisdição internacional dos direitos humanos. Assim, se a corte internacional repetisse o que o STF disse, seria inútil, se dissesse o contrário, seria desrespeitada.

Em outras palavras, tendo em vista a necessidade, em regra, de esgotamento dos meios internos para que se abra a possibilidade de provocação das cortes internacionais, o pronunciamento dessas ocorrerá após o esgotamento da jurisdição interna, o que provavelmente incluirá — especialmente em questões conexas aos

³³ A subsidiariedade dos mecanismos internacionais de apuração de violações de direitos humanos consiste no reconhecimento do dever primário dos Estados em prevenir violações a direitos protegidos, ou, ao menos, reparar os danos causados às vítimas, para somente após o seu fracasso, ser invocada a proteção internacional. Por isso, as vítimas de violações de direitos humanos devem, em geral, esgotar os meios ou recursos internos disponíveis para a concretização do direito protegido, para, após o insucesso da tentativa nacional, busca o remédio no plano internacional. RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos: análise dos mecanismos de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 78. Cançado Trindade acrescenta, ainda, que “a regra do esgotamento dos recursos internos dá testemunho da interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno da subsidiariedade, que é implícita, do procedimento internacional”. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (ed.). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. San José da Costa Rica: Instituto Interamericano de Direito Humanos, Comitê Internacional da Cruz Vermelha; Brasília: Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, Comissão da União Europeia, 1996. p. 55.

direitos humanos — a jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal. Já havendo, portanto, um pronunciamento da Suprema Corte, é evidente que a viabilidade da provocação de uma instância internacional traz consigo a possibilidade de que esse pronunciamento seja diverso do que foi decidido pelo STF no âmbito interno — e, obviamente, a necessidade de cumprimento da decisão proferida em âmbito internacional — sob pena de tornar completamente inócua a jurisdição internacional. Assim, as decisões proferidas pelas cortes internacionais devem ser cumpridas, mesmo que sejam contrárias ao que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

Necessário frisar que o reconhecimento da necessidade de cumprimento das decisões proferidas no âmbito internacional, mesmo quando contrariam, frontalmente, o que foi decidido no âmbito interno pela Suprema Corte, não implica uma fragilização da Constituição Federal. De fato, é possível pensar que, tendo sido uma questão decidida por meio da jurisdição constitucional do STF, o reconhecimento da validade e da eficácia de qualquer decisão proferida, posteriormente, em sentido contrário, colocaria em cheque a própria supremacia da Constituição. Essa conclusão, todavia, não resiste a uma análise mais atenta do texto constitucional de 1988. Como dito anteriormente, a própria Carta Magna prevê a existência de tratados internacionais de direitos humanos e, mais do que isso, a jurisdição internacional dos direitos humanos.

Não se pode esquecer, ainda, que os direitos fundamentais/direitos humanos constituem um dos alicerces sobre o qual se ergue toda a principiologia constitucional³⁴. Assim, o fortalecimento da defesa desses direitos por meio do reconhecimento da jurisdição internacional de proteção aos direitos humanos, longe de fragilizar a Constituição, auxilia na proteção de um de seus principais valores.

De fato, a negação da validade ou da eficácia, no território brasileiro, de uma decisão proferida por uma corte internacional, em matéria de direitos humanos,

somente pode ser sustentada dentro de uma lógica completamente presa à noção tradicional de soberania — que, como dito acima, nunca chegou a existir da forma como foi desenhada nos modelos teóricos — onde o poder estatal não admite qualquer tipo de questionamento, sendo capaz de definir o conteúdo e o espectro de aplicação de todos os atos normativos, justamente por ser uno, indivisível, inalienável e imprescritível.

5 O garantismo penal no Brasil e os tratados internacionais

Não é apenas a completa negação de eficácia das decisões proferidas pelos tribunais internacionais que revela uma linha de pensamento conexas a conceitos mais amplos e já bastante questionados. Mesmo entre os que compreendem a relevância da jurisdição internacional, não é incomum que esta seja, ainda, analisada com base em conjunto de instrumentos teóricos essencialmente moderno, que relega a um segundo plano as importantes transformações ocorridas no mundo nas últimas décadas.

O garantismo penal, no Brasil, segue essa linha. Inicialmente, é necessário ressaltar que o garantismo não se limita ao âmbito do Direito Penal e Processual Penal. De fato, Luigi Ferrajoli distingue três significados para o constitucionalismo garantista: modelo ou tipo de sistema jurídico, Teoria do Direito e Filosofia Política. No primeiro, o constitucionalismo garantista se caracteriza, em relação ao que ele chama de “paleo-juspositivismo”, pela posituação também dos princípios que devem subjazer toda a produção normativa. No segundo, ou seja, como teoria do direito, o constitucionalismo garantista tematiza a divergência entre o dever ser (constitucional) e o ser (legislativo) do direito, caracterizando-se pela distinção entre validade e vigência, já que admite a existência de normas vigentes ainda que inválidas, pois, apesar de terem sido produzidas de acordo com as normas procedimentais sobre a sua formação, são incompatíveis com as normas substanciais previstas constitucionalmente. Por fim, como filosofia política, o constitucionalismo garantista consiste em uma teoria da democracia. Não apenas uma abstrata teoria do bom governo, mas sim uma Teoria da Democracia Substancial, além de formal, ancorada, empiricamente, no

³⁴ A título de exemplo, pode ser citada a exposição relativa aos direitos fundamentais feita por Gustavo Binbenbojm em sua obra *Uma Teoria do Direito Administrativo*, onde o autor defende que a ordem constitucional inaugurada com a Constituição Federal de 1988 tem como principais pilares a democracia e os direitos fundamentais BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

paradigma de governo por ele apresentado³⁵. Todavia, apesar da amplitude do constitucionalismo garantista, os ramos do direito em que o garantismo obteve maior aceitação em nosso país são, sem dúvida, o Direito Penal e o Direito Processual Penal.

Ainda que a doutrina produzida em torno do garantismo penal, no Brasil, reconheça a importância dos tratados internacionais e da jurisdição internacional para a efetivação das garantias dos acusados em processos penais ou em investigações criminais, a análise feita por esses doutrinadores ainda é completamente centrada na legislação interna e na Constituição, bem como nos procedimentos da jurisdição nacional, mesmo quando trazem à baila a questão dos pactos internacionais.

Nesse sentido, vale citar a obra de Cezar Roberto Bitencourt³⁶. Em seu Tratado de Direito Penal, Bitencourt dedica uma parte do capítulo referente à *Lei Penal no Espaço* especificamente ao *Controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. Nesse subtítulo, o referido autor aborda, obviamente, a possibilidade de controle de validade dos atos normativos produzidos em nosso país tendo como parâmetro os tratados internacionais assinados pelo Brasil. Em nenhum momento, entretanto, é referida a possibilidade de controle por parte de uma corte internacional. De fato, Bitencourt, ao tratar do controle de convencionalidade, trabalha, apenas, com a possibilidade de realização desse controle pelo Poder Judiciário brasileiro.

Poder-se-ia afirmar que a questão é meramente ter-

³⁵ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012. p. 24-25.

³⁶ Cezar Roberto Bitencourt é um reconhecido defensor do garantismo penal no Brasil. Necessário destacar, nesse momento, que entendemos que qualquer autor que desenvolva estudos sobre o sistema penal brasileiro no campo da dogmática, exclusivamente ou não, trabalhará dentro de uma perspectiva garantista, tendo em vista que nosso sistema constitucional — e, conseqüentemente, nosso direito penal — é garantista. Considerando-se, entretanto, que essa posição não é consensual na doutrina brasileira, entendemos ser válido trazer ao debate a posição de autores que defendem expressamente o garantismo penal. A título de exemplo, podemos citar a seguinte passagem, em que Bitencourt afirma que: “[...] é no art. 5º da nossa Carta Magna onde encontramos princípios constitucionais específicos em matéria penal, cuja função consiste em orientar o legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade, um Direito Penal mínimo e garantista, como veremos nas seguintes epígrafes”. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1. p. 52.

minológica, e que o doutrinador não se referiu a decisões proferidas por cortes internacionais por entender que o conceito de controle de convencionalidade engloba apenas o controle interno que utiliza como parâmetro de validade não o texto constitucional, mas sim os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. Entretanto, essa interpretação — limitando o alcance do controle de convencionalidade — está longe de ser consensual na doutrina brasileira, como demonstrado anteriormente. Esse fato, associado à quase completa ausência de esclarecimentos sobre o referido ponto na obra, torna duvidoso ser realmente essa a razão de terem sido ignoradas as decisões proferidas por cortes internacionais. Ademais, ainda que seja esse o caso, é sintomático que o autor analisado dedique uma parte de sua obra especificamente a analisar o controle de convencionalidade realizado internamente sem fazer uma análise minimamente aprofundada das decisões proferidas pelos tribunais internacionais em qualquer ponto de seu *Tratado*³⁷.

Outro aspecto que merece destaque é que Bitencourt afirma, em duas oportunidades apenas no subtítulo mencionado, que o controle de convencionalidade surgiu com a Emenda Constitucional nº 45/2004. Primeiramente, fazendo expressa referência à obra de Valério Mazzuoli, ele assevera que “esse acréscimo constitucional trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro uma nova modalidade de controle à normalidade interna, até então desconhecida em nosso meio, qual seja, o controle de convencionalidade das leis³⁸”. Em um segundo momento, Cezar Bitencourt afirma que:

sintetizando, a partir da Emenda Constitucional n. 45, a validade de toda lei ordinária está condicionada à dupla compatibilidade vertical material, isto é, deve ser compatível com a Constituição e com os Tratados de Direitos Humanos vigentes no País. Em outros termos, se conflitar com aquela ou com qualquer destes, não terá validade, a despeito de estar vigente: em relação à primeira, por inconstitucionalidade, e, em relação a qualquer destes, por inconvenção, neologismo resgatado por Mazzuoli³⁹.

³⁷ Deve-se excetuar, aqui, o ponto referente ao Tribunal Penal Internacional, ao qual Bitencourt dedica também um subtítulo de seu *Tratado de Direito Penal*. Entretanto, a questão nada tem a ver com a possibilidade do controle de validade de atos normativos com base em tratados internacionais.

³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1. p. 259.

³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte*

É certo, entretanto, que a possibilidade de controle dos atos normativos internos com base nos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário não surgiu com a Emenda Constitucional nº 45/2004, ainda que esta tenha alterado, significativamente, o ordenamento jurídico pátrio nesse ponto, conforme já demonstrado nos capítulos anteriores.

Todavia, tendo em vista que a citada emenda trouxe expressamente a previsão de que os tratados internacionais aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais, a afirmação de que essa inaugurou, no ordenamento jurídico nacional, o controle de convencionalidade é bastante reveladora. De fato, demonstra um pensamento ainda completamente centrado, apenas, no texto constitucional, em que é necessária uma *autorização expressa* da Constituição para que seja possível pensar em qualquer interferência no desenho de nosso ordenamento jurídico por um tratado internacional.

Outro conhecido defensor do garantismo penal em nosso país é Aury Lopes Jr. Em sua obra intitulada *Fundamentos do processo penal*, o referido autor explicita, especialmente no primeiro capítulo, o que chama de “fundamento de existência do processo penal”. Nesse, a referência à Constituição é uma constante. De fato, toda a argumentação construída nesse capítulo desenvolve-se em torno da Constituição, a começar pelo primeiro subtítulo, chamado de *Constituindo o processo penal desde a Constituição*. O citado autor inicia seu pensamento afirmando que a primeira questão a ser enfrentada por quem se dispõe a pensar o processo penal contemporâneo é referente ao fundamento da sua existência. Prossegue, então, afirmando que:

buscar a resposta a essa pergunta nos conduz à definição da lógica do sistema, que vai orientar a interpretação e a aplicação das normas processuais penais. Noutra dimensão, significa definir qual é o nosso paradigma de leitura do processo penal, buscar o ponto fundante do discurso. Nossa opção é pela leitura constitucional e, dessa perspectiva, visualizamos o processo penal como instrumento de efetivação das garantias constitucionais⁴⁰.

Note-se que Aury Lopes Jr. afirma expressamente a necessidade de buscar uma “lógica do sistema”, capaz de orientar a interpretação e aplicação das normas.

Essa necessidade foi suprida de maneira clara e objetiva pelo autor por meio da referência ao texto constitucional. Fica claro, portanto, que a lógica do sistema, em sua obra, é dada pela Constituição. Frise-se que o autor não ignora, evidentemente, a existência de tratados internacionais. Estes, apenas, não ocupam uma posição central em sua obra. Ele chega a citar os tratados em algumas oportunidades, inclusive no capítulo referente aos fundamentos do processo penal. Esses servem, todavia, quase que somente como um reforço da defesa desenvolvida sobre valores já presentes no texto constitucional. Ao falar da liberdade individual, por exemplo, ele diz que essa “por decorrer necessariamente do direito à vida e da própria dignidade da pessoa humana, está amplamente consagrada no texto constitucional e tratados internacionais”⁴¹. Posteriormente, ao abordar o poder de intervenção estatal, ele afirma que “nossa atual Constituição e, antes dela, a Declaração Universal dos Direitos Humanos consagram certas limitações necessárias para a coexistência e não toleram tal submissão do homem ao ente superior”⁴².

A leitura da construção feita pelo citado doutrinador sobre os fundamentos do processo penal não confirma, portanto, a ideia indicada por esse em sua nota à 3ª edição da obra em comento, quando ele coloca, como um dos pilares básicos para a análise dos fundamentos do processo penal, a “filtragem constitucional e de convencionalidade (imprescindibilidade de leitura conforme a Constituição e a Convenção Americana de Direitos Humanos)”⁴³, indicando uma equivalência entre os planos interno e externo.

Os exemplos acima mencionados representam, apenas, uma pequena amostra de um fenômeno corrente entre os doutrinadores que trabalham dentro da perspectiva do garantismo penal em nosso país. Esses autores, quando trabalham também com os tratados in-

⁴¹ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*. 3. ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2017. p. 31.

⁴² LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*. 3. ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2017. p. 37.

⁴³ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*. 3. ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2017. p. 21. A mesma ideia é repetida no primeiro capítulo da obra, quando afirma o autor que “A luta é pela superação do preconceito em relação à eficácia da Constituição no processo penal. Mais do que isso, é necessário fazer-se um controle judicial da convencionalidade das leis penais e processuais penais” (ibidem, p. 32). Todavia, como dito anteriormente, a construção, feita nas páginas que se seguem, dá clara ênfase ao aspecto constitucional, utilizando os tratados internacionais majoritariamente como um reforço argumentativo.

geral. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1. p. 261.

⁴⁰ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*. 3. ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2017. p. 25.

ternacionais, mas com evidente proeminência, em sua abordagem, para a Constituição, ainda estão fazendo uma análise de cunho essencialmente moderno. Repetise-se: a tensão entre a territorialidade e a mundialidade perpassou todo o período da modernidade. O que caracterizou o período anterior ao que atualmente muitos chamam de *pós-modernidade* — ou, como preferimos, *hipermodernidade* — não foi a completa rejeição do plano internacional, mas sim a notável proeminência do aspecto interno.

Ou seja, esses autores, ao realizarem uma apreciação que leva em consideração tanto o aspecto interno quanto o internacional, claramente focada no primeiro, desenvolvem uma concepção que apenas aparenta ser hipermoderna — legitimando-se e justificando-se por meio da referência a um contexto internacional que evidentemente se mostra cada vez mais relevante —, mas que não altera a estrutura dos fundamentos apresentados para realmente englobar e compreender as transformações do mundo atual.

6 Considerações finais

Não há dúvidas sobre a relevância do garantismo penal no cenário jurídico brasileiro, nem sobre a consistência de muitos dos fundamentos defendidos pelos seguidores dessa linha de pensamento. Entretanto, a clara primazia dada à Constituição e à jurisdição interna pelos doutrinadores garantistas pátrios — que utilizam os pactos internacionais e a jurisdição internacional majoritariamente como um reforço argumentativo na defesa dos valores já presentes em nosso texto constitucional — denota que estes, ainda, estão presos a uma concepção essencialmente moderna.

As referências que esses autores fazem aos tratados internacionais de direitos humanos e às cortes internacionais certamente não são capazes de dar um caráter hipermoderno à sua análise, já que a tensão entre a territorialidade e a mundialidade foi uma constante durante todo o período moderno. Ou seja, o mero reconhecimento do cenário internacional dentro de uma análise completamente centrada no aspecto interno é a materialização do pensamento moderno e não um indício de sua transformação ou radicalização. Essas referências, já que não alteram a estrutura dos fundamentos apresentados, apenas servem como uma legitimação do discurs-

so, que aparenta compreender a complexidade de um cenário de relações internacionais que, cada vez mais, evidencia a sua relevância.

Vale repisar que não estamos vivenciando, nos dias atuais, propriamente uma transformação de modelo, mas sim a uma mudança de escala — e, possivelmente, de foco —, já que a referida tensão entre o Princípio da Mundialidade e o da territorialidade está mais intensa nas últimas décadas do que esteve em qualquer outro momento da modernidade e que, pela primeira vez, é possível perceber uma relação de equilíbrio ou até mesmo uma tendência à prevalência das relações internacionais sobre a política interna dos Estados.

Ignorar essa questão, realizando construções doutrinárias baseadas na análise dos atos normativos internos — incorporando a essas apenas breves referências aos pactos internacionais e às cortes internacionais —, pode ter consequências bastante deletérias. De fato, essa é uma postura que revela a inadequação de muitos de nossos instrumentos jurídicos para auxiliar na compreensão do mundo atual, já que são produzidos dentro de uma visão de mundo já superada, baseada na inquestionável centralidade estatal e em um conceito já insustentável de soberania.

Essa afirmação pode parecer estranha, já que, no Brasil, até mesmo a defesa da efetividade das normas constitucionais parece ser uma postura revolucionária, tendo em vista o notório conservadorismo de nossa tradição jurídica. Necessário frisar, entretanto, que o reconhecimento da relevância dos pactos internacionais e da jurisdição internacional em uma análise jurídica não é capaz de diminuir a importância da Constituição, especialmente se considerarmos o ordenamento constitucional pátrio.

De fato, a compreensão de que uma corte internacional pode, com base em um tratado internacional de direitos humanos, proferir uma decisão em sentido diverso da jurisdição interna — e que essa decisão tem eficácia no plano interno — constitui um legítimo fortalecimento de um dos valores fundamentais da Constituição Federal de 1988, já que robustece a proteção dada aos direitos humanos.

Referências

- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1.
- BLITH, Mark. *Austeridade: a história de uma ideia perigosa*. Traduzido por Freitas e Silva. São Paulo: Autonomia Literária, 2017.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. *Políticas públicas e jurisdição constitucional: entre direitos, deveres e desejos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- CASARA, Rubens R. R. *Estado Pós-Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. Tradução Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.
- MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.
- GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Editora da UNESP, 1991.
- LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004.
- LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.
- MARRAMAO, Giacomo. *Poder e secularização: as categorias do tempo*. São Paulo: Editora da UNESP, 1995.
- MARRAMAO, Giacomo. *Tertium datur?*. Tradução de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Texto ainda não publicado.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 3. ed. São Paulo: RT, 2009.
- PIOVESAN, Flávia. *Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16470-16471-1-PB.pdf>. Acesso em: 24 set. 2017.
- RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos: análise dos mecanismos de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- RODOTÀ, Stefano. *El derecho a tener derechos*. Madri: Ed. Trotta, 2014.
- RUNCIMAN, David. *The Confidence Trap: a history of democracy in Crisis from World War I to the Present*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2017.
- SANTORO, Emílio. O papel do cárcere no governo das migrações do governo da população a cidadania excluídos. In: I- SANTORO, Emílio; BATISTA, Gustavo Mesquita; ZENAIDE, Maria de Nazaré Tavares; TONEGUTTI, Rafaela Greco. (org.). *Direitos Humanos em uma época de insegurança*. Porto Alegre, 2010.
- SANTOS, Carlos Frederico. Tratados de Direitos Internacionais. Uma reflexão sobre a inconstitucionalidade do § 3º do art. 5º da CF. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, ano 12, n. 41, p. 13- 43 jul./dez. 2013.
- ZOLO, Danilo. Reforçar e democratizar as instituições internacionais. In: I- SANTORO, Emílio; BATISTA, Gustavo Mesquita; ZENAIDE, Maria de Nazaré Tavares; TONEGUTTI, Rafaela Greco. (org.). *Direitos Humanos em uma época de insegurança*. Porto Alegre, 2010.
- TEUBNER, Gunther. *Quod omnes tangit: Transnational Constitutions Without Democracy?*. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3094088. Acesso em: 19 jan. 2018.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (ed.). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. San José da Costa Rica: Instituto Interamericano de Direito Humanos, Comitê Internacional da Cruz Vermelha; Brasília: Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, Comissão da União Europeia, 1996.