A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL PARA OS DIREITOS HUMANOS ENTRE O DIREITO CONSTITUCIONAL E O DIREITO INTERNACIONAL. DESAFIOS AO ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO.

Marcos Augusto Maliska*

RESUMO

O conceito Estado Constitucional Cooperativo melhor situa as posições do direito constitucional e do direito internacional em face da cooperação internacional para os direitos humanos. Se os argumentos de que os direitos humanos são uma espécie de supra-direito, que eles vinculam as ordens jurídicas nacionais, são válidos, é também certo que nas estruturas constitucionais nacionais se localizam os controles democráticos do poder, ou seja, o exercício da cidadania. Por certo que há uma tendência necessária de se pensar a cidadania nas estruturas supranacionais e internacionais, mas esse desejo encontra ainda obstáculos consistentes, encontráveis sobretudo na dificuldade de se materializar mecanismos de integração e pertencimento em estruturas políticas muito amplas. Essa situação intermediária, em que a organização política supranacional não se afirmou ainda plenamente sob o ponto de vista democrático e a estrutura nacional

* Bacharel em Direito pela UFSC (1997), Procurador Federal (desde 1998), Mestre (2000) e Doutor em Direito Constitucional pela UFPR (2003) com estudos de Doutoramento na *Ludwig Maximilians Universität* de Munique, Alemanha (2001-2003). Atualmente, Procurador Federal Chefe da Procuradoria Federal junto a Universidade Federal do Paraná. Professor Pesquisador do NUPECONST – Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional da *UniBrasil*, Professor de Direito Constitucional dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação (Mestrado e Especialização) em Direito da *UniBrasil*, em Curitiba, e Professor Visitante de Direito Constitucional da Faculdade de Direito de Francisco Beltrão – *Cesul* e dos Cursos de Especialização da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDCONST). Ex-Bolsista do *Deutscher Akademischer Austauschdienst* – DAAD, do CNPq e da CAPES. Membro da Associação dos ex-Bolsistas da Alemanha (AEBA-PR-SC), da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas (ABCD) e da Comissão de Defesa da República e da Democracia da OAB/PR. É autor dos seguintes livros: *Estado e Século XXI. A integração supranacional sob a ótica do Direito Constitucional*. (Rio de Janeiro: Renovar, 2006), *O Direito à Educação e a Constituição* (Porto Alegre: Fabris, 2001), *Pluralismo Jurídico e Direito Moderno. Notas para pensar a racionalidade jurídica na modernidade* (Curitiba: Juruá, 2000) e *Introdução à Sociologia do Direito de Eugen Ehrlich* (Curitiba: Juruá, 2001). Traduziu do alemão para o português, juntamente com Elisete Antoniuk, o livro *Estado Constitucional Cooperativo* de Peter Häberle (Rio de Janeiro: Renovar, 2007). Possui diversos artigos publicados em revistas especializadas. marcosmaliska@yahoo.com.br

apresenta-se inconsistente, mostra claramente que o direito constitucional precisa fortalecer a compreensão do sentido da expressão Estado Constitucional Cooperativo e quais as implicações jurídico-constitucionais que dela decorrem. Trata-se de uma visão "realista" do direito constitucional, centrada na assimilação das limitações do Estado Constitucional em face da comunidade internacional e da necessidade da existência harmoniosa entre os Estados, pautada em regras jurídicas garantidoras dos direitos humanos. O direito da comunidade internacional é um direito que busca a paz por meio da realização dos direitos humanos.

PALAVRAS CHAVES

ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO, DIREITOS HUMANOS, DIREITO CONSTITUCIONAL, DIREITO INTERNACIONAL, TRATADO, CONSTITUIÇÃO.

ZUSAMMENFASSUNG

Durch den Begriff „Kooperativer Verfassungsstaat" wird das Verfassungs- und Völkerrecht hinsichtlich der internationalen Kooperation für die Menschenrechte besser situiert. Wenn die Rechtfertigungen richtig sind, dass die Menschenrechte eine Art von Über-Recht sind und die nationale Rechtsordnung verbinden, ist es auch richtig, dass in der nationalen Verfassungsstruktur die demokratische Kontrolle der Macht stattfindet, das heißt, die Ausübung des Bürgerrechtes. Es gibt eine notwendige Tendenz, das Bürgerrecht in den internationalen und supranationalen Strukturen zu denken, aber dieser Wunsch findet immer noch heute starke Verhinderung, die man insbesondere in der Schwierigkeit zur Materialisierung des Integrationsmechanismus in breiten politischen Strukturen sehen kann. Diese dazwischenliegende Situation, in der die supranationale politische Organisation sich nicht ganz unter dem demokratischen Gesichtspunkt behauptet hat und die nationale Struktur sich unsicher stellt, zeigt, dass das Verfassungsrecht das Verständnis über den Begriff des Kooperativen Verfassungsstaats und die daraus folgenden juristischen Implikationen verstärken muss. Es handelt sich um eine „realistische" Sicht des Verfassungsrechts, die sich in der Begrenzung des Verfassungsstaates hinsichtlich der internationalen Gemeinschaft und in

der Notwendigkeit der harmonisierenden Existenz von Staaten unter dem Vorrang der Menchenrechte zentriert. Das Recht der internationalen Gemeinschaft ist ein Recht, das den Frieden durch die Realisierung der Menchenrechte sucht.

SCHLÜSSELWORT

KOOPERATIVER VERFASSUNGSSTAAT, MENSCHENRECHTE, VERFASSUNGSRECHT, VÖLKERRECHT, VERTRAG, VERFASSUNG.

INTRODUÇÃO

O presente texto relaciona três temas: (i) direitos humanos, (ii) as relações entre o direito constitucional e o direito internacional, e (iii) o conceito Estado Constitucional Cooperativo. Talvez possa se dizer que os direitos humanos são os que fazem a junção com os outros dois, pois a aproximação dos direitos constitucional e internacional é feita pelos direitos humanos e o conceito Estado Constitucional Cooperativo se caracteriza pela estrutura normativa aberta do Estado Constitucional aos processos de cooperação internacional e supranacional, fortemente determinados pela cooperação para a realização dos direitos humanos.

Pretende-se abordar nesse ensaio, essencialmente, duas questões: (i) em que medida a noção de Estado Constitucional Cooperativo pode contribuir para um discurso normativo e prático dos direitos humanos no plano internacional e supranacional; (ii) quais são as implicações para o direito constitucional da cooperação normativa internacional.

1. O Estado constitucional cooperativo e os direitos humanos

Peter Häberle cunhou o termo Estado Constitucional Cooperativo em um ensaio escrito em 1978. Naquele tempo, em que o mundo estava ainda sob a divisão ideológica

das duas superpotências, Häberle identificou, ao lado do Estado Constitucional Cooperativo, o "egoísta', individualista e, para fora, 'agressivo' Estado Constitucional". Ele identificou também fora do espectro do tipo "Estado Constitucional", o "Estado Total", marcado por uma sociedade fechada, como a ex-União Soviética, e o Estado "selvagem", caracterizado pelos países em desenvolvimento como, para citar, segundo ele, Uganda.[1]

Se naquele momento que escreveu Häberle, o Estado Constitucional era o tipo em minoria, hoje se pode dizer que, ao menos formalmente, o Estado Constitucional se difundiu amplamente mediante a adoção de Constituições democráticas, eleições livres e integração ao mercado global. Essa é, ao menos, a realidade de grande parte dos países latino americanos, para citar um exemplo.

O Estado Constitucional ocidental, segundo Häberle, "é concebido como um tipo atual, e a sua existência como tal é que permite, nesse quadro, uma discrepância da considerável ampla variação: decisiva é a sua composição, isto é, a limitação pelo Direito, e decisiva é a sua – para dentro e para fora – estrutura aberta, garantida através da democracia pluralista, dos direitos fundamentais, da divisão dos poderes, que é estendida ao âmbito da sociedade, e de um Poder Judiciário independente".[2] Segundo ainda o Professor alemão, "cooperação será para o Estado Constitucional uma parte de sua identidade, que ele, no interesse da 'transparência constitucional', não apenas deveria praticar como, em seus textos jurídicos, em especial nos documentos constitucionais, também deveria documentar.".[3] Por fim, finaliza Häberle dizendo que o "Estado Constitucional Cooperativo' é o Estado que justamente encontra a sua identidade também no Direito Internacional, no entrelaçamento das relações internacionais e supranacionais, na garantia da cooperação e responsabilização

---

[1] HÄBERLE, Peter. Der Kooperative Verfassungsstaat. In. *Verfassung als öffentlicher Prozess. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. 3ª ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1998, p. 410. O ensaio *Estado Constitucional Cooperativo* foi traduzido do alemão para o português pelo autor desse texto e pela Profa. Elisete Antoniuk e será publicado no Brasil em forma de livro pela Editora Renovar, do Rio de Janeiro.

[2] HÄBERLE, Peter. Der Kooperative Verfassungsstaat, p. 408.

[3] HÄBERLE, Peter. Der Kooperative Verfassungsstaat, p. 408.

internacional assim como no campo da solidariedade. Ele expressa, com isso, a necessidade internacional de políticas de paz".[4]

Estado Constitucional Cooperativo é um conceito multidisciplinar, pois está vinculado tanto à filosofia política, enquanto uma nova dimensão do Estado, como ao direito internacional, que agora não mais é apenas um direito de co-existência, mas cooperativo, e ao direito constitucional, que deve, sob o ponto de vista normativo, tratar das relações decorrentes desse novo fenômeno jurídico.

O Estado Constitucional Cooperativo substitui o conceito tradicional de Estado Constitucional Nacional, entendido como Estado Constitucional democrático internamente, mas não cooperante e amigo no plano internacional. O Estado Constitucional Cooperativo não deixa de ser um Estado Nacional, mas ele agrega a essa estrutura elementos de abertura, cooperação e integração que descaracterizam o Estado Nacional como uma unidade fechada, centrada na soberania nacional.

O direito internacional tem no Estado Constitucional Cooperativo um novo sujeito de direito, pois esse, ao reconhecer nas instituições da comunidade internacional um fórum importante de debate e resolução de problemas comuns à humanidade, confere ao direito internacional não mais aquela função de disciplinar a co-existência dos Estados, mas o transforma em um direito com uma ordem vinculante, responsável pela paz mundial. O não reconhecimento da guerra como meio para dirimir os conflitos no plano internacional (art. 4° inciso VII da CF brasileira), por exemplo, dá ao direito internacional um status de destaque.

O direito constitucional, por sua vez, deve explicar normativamente qual é a posição do Estado Constitucional Cooperativo e, em especial, qual é o papel da Constituição Nacional desse Estado em face dessa nova realidade. A Constituição aberta, que reconhece decisões (art. 4° inciso VII da CF brasileira) e normativas internacionais (art. 4 inciso II e parágrafo único da CF brasileira) traz novos problemas jurídicos para o direito constitucional. Talvez possa se falar aqui também de um direito constitucional cooperativo em substituição ao direito constitucional nacional. Esse seria aquele direito constitucional que desconhece como área de atuação sua as normativas

[4] HÄBERLE, Peter. Der Kooperative Verfassungsstaat, p.409.

internacionais e está essencialmente vinculado a uma concepção de Constituição como ordem jurídica fundamental fechada do Estado Nacional. Esse direito constitucional tem dificuldades para compreender algumas normas da Constituição Brasileira, como a do art. 5 § 2˚, que promove a abertura para o exterior do sistema de direitos fundamentais, ou a do parágrafo único do art. 4˚, que conclama o país a buscar a integração com os países latino-americanos. A Constituição Brasileira de 1988 fez uma opção pelo Estado Constitucional Cooperativo e necessita de um Direito Constitucional cooperativo que dê conta dessa opção.

Quanto à relação do Estado Constitucional Cooperativo com os direitos humanos, escreve Häberle que a tarefa do Estado constitucional (cooperativo) junto à comunidade jurídica internacional é a de criar uma "medida mínima de realidade material e processual dos direitos fundamentais para 'estrangeiros' e apátridas 'entre si'. (...) A realização cooperativa dos direitos humanos compreende a dogmática dos *direitos humanos*, mas vai além desta. (...) A "força motriz" do tipo Estado constitucional não se mostra tão grande em outro âmbito quanto na realização cooperativa dos direitos fundamentais. Seus catálogos de direitos fundamentais tornam-se exemplo no âmbito público mundial de duas maneiras: como esperança dos "cidadãos estatais" de terceiros Estados por direitos fundamentais para si mesmos[5] e como esperança por melhoria, em nível de direitos fundamentais, das pessoas como 'estrangeiros' nesses Estados".[6] Para Häberle, o "prestígio do Estado constitucional cresce com sua força para a realização cooperativa dos direitos fundamentais. A estatalidade ganha, aqui, um novo patamar de legitimação. O 'direito comum de cooperação' recebe dos direitos fundamentais os mais fortes impulsos, integra-os para 'tarefas da comunidade' e tem neles um garante confiável".[7]

O Estado Constitucional Cooperativo está ligado na sua essência aos direitos humanos. No caso da Constituição Brasileira, conforme será abordado adiante, os

---

[5] Segundo Häberle, "o conceito de "cidadão estatal" é questionável sob a perspectiva do Estado *constitucional*, pois os cidadãos não pertencem ao seu Estado, e sim, ao contrário, o Estado democrático lhe pertence". HÄBERLE, Peter. Der Kooperative Verfassungsstaat, p.441, nota de rodapé 162.
[6] HÄBERLE, Peter. Der Kooperative Verfassungsstaat, p. 441.
[7] HÄBERLE, Peter. Der Kooperative Verfassungsstaat, p. 441.

direitos humanos são um critério normativo de abertura do texto constitucional à cooperação internacional, conforme se observa do art. 4° inciso II e do art. 5° § 2° da Carta Constitucional.

2. As implicações jurídicas dos direitos humanos

O desenvolvimento da idéia de direitos humanos é algo, a rigor, recente, visto que, sob o ponto de vista do direito internacional, os direitos humanos ganharam espaço apenas na segunda metade do século XX.[8] Foram muitas as lições da segunda guerra mundial, lições que passaram a exigir do Estado e do Direito uma nova postura frente à proteção dos direitos da pessoa.

Quando se analisa a evolução histórica dos direitos humanos, se observam diversos aspectos, como a sua vinculação com a cultura judaico-cristã[9] e as guerras religiosas do século XVI[10]. Foi assim, também, por exemplo, com a Magna Carta, documento cunhado como o marco inicial da evolução dos direitos humanos, que culminou nas declarações francesa e norte-americana do século XVIII.[11] Pode-se dizer que, sob o ponto de vista jurídico, os direitos humanos possuem uma dupla dimensão:

---

[8] Note-se que se faz necessário distinguir os conceitos direitos humanos, direitos fundamentais e direitos naturais. Os direitos fundamentais são direitos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado. A expressão direitos humanos, guardaria relação com os documentos de direito internacional, com pretensão de universalidade. Os direitos naturais, por sua vez, não se equipararíam aos direitos humanos, visto esses serem direitos históricos positivados em normas de direito internacional. Ver SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 31. Essa classificação não desconsidera a aproximação dos conceitos "Direitos Humanos" e "Direitos Fundamentais", quando aqueles são incorporados a ordem constitucional por força da abertura do sistema de direitos fundamentais da Constituição, passando a serem, propriamente, direitos fundamentais.

[9] LEAL, Rogério Gesta. *Direitos Humanos no Brasil. Desafios à Democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 19 a 28.

[10] Sobre a importância da reforma protestante no desenvolvimento histórico dos direitos humanos, ver: PIEROTH, Bodo e SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte Staatsrecht II*. Heidelberg: Müller Verlag, 1993, p. 6.

[11] Segundo José Afonso da Silva, a Magna Carta, a rigor, não é propriamente um documento constitucional, mas, sobretudo, uma carta feudal, feita para proteger os privilégios dos barões e os direitos dos homens livres. Ver: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 152.

uma interna, vinculada à ordem jurídica de cada país e, outra, externa, vinculada ao direito internacional e com pretensões de universalidade.

Nesse texto nos interessa desenvolver a dimensão externa (internacional) dos direitos humanos e sua relação com o direito constitucional, visto que a problemática da internacionalização dos direitos humanos não afasta o direito constitucional desse debate, mas exige dele uma nova postura, marcada pela abertura e cooperação internacional.

A necessidade de se pensar mecanismos jurídicos internacionais para coibir a violação aos direitos humanos teve sua imposição fundamental nas experiências da primeira metade do século XX. É paradigmática a defesa do ex-oficial nazista Adolf Eichmann, ao responder que era inocente quanto às acusações que lhe faziam, pois "para o sistema legal nazista então existente, não fizera nada errado; de que aquelas acusações não constituíam crimes, mas 'atos de Estado', sobre os quais nenhum outro Estado tinha jurisdição (*par in parem imperium non habet*), de que era seu dever obedecer e de que, nas palavras de Servatius[12], cometera atos pelos quais 'somos condecorados se vencemos e condenados à prisão se perdemos".[13]

Esses atos de Estado passaram a ser questionados no pós-guerra, sob o argumento de que o Estado só se justifica se estiver a serviço da dignidade da pessoa humana. Em nome do Estado, para essa nova visão, não se pode atentar contra a dignidade do Homem. Essa nova concepção do direito constitucional, caracterizada por alguns autores como "viragem paradigmática", impulsionou uma teoria consistente em uma nova dogmática dos direitos fundamentais, que procurou dar, a esses direitos, eficácia jurídica de vinculação dos atos estatais e, inclusive, perante terceiros (eficácia horizontal dos direitos fundamentais).[14]

---

[12] Robert Servatius, advogado da cidade de Colônia, Alemanha, foi apontado por Eichmann para fazer a sua defesa e pago pelo governo de Israel.

[13] ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém. Um relato sobre a banalidade do mal.* Tradução do inglês por José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 32 e 33.

[14] Sobre a vinculação do direito privado aos direitos fundamentais, ver: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechte und Privatrecht – eine Zwischenbilanz*. Berlin: Walter de Gruyter, 1999. Há uma versão em português da obra, traduzida pelos Profs. Ingo W. Sarlet e Paulo Mota Pinto e publicada pela Editora Almedina, de Coimbra.

Em conjunto com essa renovação da dogmática dos direitos fundamentais, operada no plano interno de cada país e, nesse sentido, temos que alertar que, não obstante na Europa ocidental isso ter se iniciado ainda no imediato pós-guerra, e a doutrina e jurisprudência alemãs são um exemplo, no Brasil isso somente veio ocorrer após a Constituição de 1988, ocorreu também um despertar de uma nova concepção dos direitos fundamentais no plano internacional, sob a terminologia de direitos humanos. Essa dupla dimensão (interna e externa dos direitos humanos), a rigor, já se encontrava na gênese da mudança ocorrida pós 1945.

A dimensão internacional dos direitos humanos, desenvolvida a partir de uma visão pragmática da Organização das Nações Unidas – ONU sobre o tema, alheia as ideologias que dominaram o cenário político do pós-guerra, foi sendo incrementada por meio da institucionalização de políticas de promoção da dignidade humana, ações humanitárias, bem como, instituições, como os Tribunais e Comissões, que passaram a atuar em defesa dos direitos humanos.[15]

A transposição do tema dos direitos humanos do âmbito nacional para o plano internacional trouxe uma polêmica de grandes dimensões, a saber, como compatibilizar a idéia de direitos humanos com a diversidade cultural. Trata-se da discussão que envolve universalistas e culturalistas.[16] Winfried Brugger apresenta uma interessante proposta para a superação dessa questão.[17]

Segundo escreve o Professor da Universidade de Heidelberg, há vantagens e desvantagens em falar da pessoa humana dos direitos humanos. De um lado, o conceito "pessoa humana" nos mostra uma visão global, resumida dos direitos humanos. De

---

[15] Ver HAMM, Brigitte. Die Achtung der Menschenrechte als Grundlage für politische Gerechtigkeit im 21. Jahrhundert. In. LEGGEWIE, Claus e MÜNCH, Richard. *Politik im 21. Jahrhundert*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2001, p. 228 e seg.

[16] A teoria do *mínimo universalizável*, sustentada por Carol Proner com base na tese de Joaquim Herrera Flores, propõe achar um meio termo entre ambas as visões. In. PRONER, Carol. *Os direitos humanos e seus paradoxos: análise do Sistema Americano de proteção*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

[17] BRUGGER, Winfried. Das Menschenbild der Menschenrechte. In. BYRD, B. Sharon, HRUSCHKA, Joachim e JOERDEN, Jan C. *Jahrbuch für Recht und Ethik. Rechtsstaat und Menschenrechte*. Band 3 (1995). Esse texto foi objeto de palestra, proferida pelo Prof. Brugger, por ocasião da Jornada de Direito Constitucional e Direito Internacional da UniBrasil, realizada nos dias 21, 22 e 23 de Setembro de 2005 e coordenada pelo autor deste texto e pelo Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes. O texto foi traduzido do alemão para o português pela Profa. Msc. Elisete Antoniuk e revisado pelo autor deste texto, e publicado no "*Cadernos de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil"*, n° 5, jan/dez 2005, p. 255-270.

outro, como desvantagem dessa reflexão, há o perigo de uma instrumentalização ideológica de uma das culturas consideradas.[18]

Assim, sugere Brugger determinar a "pessoa humana dos direitos humanos" (*das Menschenbild der Menschenrechte*) como condução de vida autônoma, com significado e responsabilidade. A proposta tem cinco elementos: (i) *autonomia*, consistente na possibilidade da pessoa de se colocar objetivos, desenvolver um plano de vida individual, seguí-lo e defendê-lo; (ii) *significação*, que lembra o fato antropológico, fundamental, de que o desenvolvimento individual, assim como grupal, do povo ou voltado ao gênero do homem e de suas comunidades, é sustentado pela cultura considerada, ou seja, a cultura é a segunda natureza do homem; (iii) *responsabilidade*, entendida como a) reciprocidade, b) responsabilidade por violações de direitos e c) responsabilidades sociais, para os casos em que se possa exigir dos membros de uma comunidade jurídica que respondam pelo risco de fracasso de planos de vida de indivíduos isolados e de toda a comunidade; (iv) proteção da *vida* e (v) *condução de vida*, como elemento conclusivo e centralizador da forma de vida dos direitos humanos, que implica, além da mera possibilidade de sobrevivência e proteção da vida, pelo menos, uma medida mínima de liberdade para um estilo de vida individual.[19]

Para Brugger, a compreensão dos direitos humanos é entender os cinco elementos acima referidos no sentido de uma procedência comum. Neles são elencados os dados fundamentais da existência humana, todos os que fazem parte da condução de uma vida humana digna. Mas isso não significa que todos eles teriam que ter o mesmo peso, pois como a cultura é a segunda natureza do homem e as culturas concretas diferem nas suas obviedades, deve ser possível que se varie quanto ao peso dos elementos isolados. Este é o justo cerne do particularismo no pensamento dos direitos humanos. De outro lado, para manter o universalismo da idéia dos direitos humanos, é necessário que nenhum desses elementos seja dominado ou excluído totalmente por um outro ou pelos demais. A essência de cada elemento no qual, simultaneamente, se encontra seu conteúdo de dignidade humana, deve ser respeitada por toda teoria, todo

[18] BRUGGER, Winfried. Das Menschenbild der Menschenrechte, p. 121.
[19] BRUGGER, Winfried. Das Menschenbild der Menschenrechte, p. 126 a 129.

programa político e todo governo. Ponderações entre os elementos isolados não podem ser, no entanto, evitadas, mas devem ser entendidas no sentido de que cada um dos elementos de configuração autônoma de vida deve ser respeitado na sua essência. Para evitar a instrumentalização acima referida, toda fórmula da pessoa humana que realmente se apóie na aceitação universal, deve objetivar um 'penúltimo patamar de fundamentação' ao qual as culturas consideradas podem aderir em seus entendimentos finais.[20]

Além da problemática acima levantada, a internacionalização dos direitos humanos coloca novos desafios ao Direito Constitucional, entendido agora como Direito Constitucional Cooperativo.

3. As implicações da cooperação internacional para o direito constitucional (cooperativo)

Sob o ponto de vista normativo, as implicações da cooperação internacional para o direito constitucional se resume na necessidade de distinção entre (i) produção normativa exclusiva, no plano interno e (ii) produção normativa compartilhada (ou cooperativa), no plano externo (internacional). Enquanto que, na primeira, a vontade soberana do país é exclusiva ou, ao menos, o é formalmente, na segunda se tem um *conjunto de vontades soberanas* motivadas pela cooperação normativa.

A cooperação internacional no âmbito normativo relativiza o princípio da supremacia da Constituição, não o subordinando as normas internacionais, mas o compreendendo como uma estrutura aberta. Isso implica em dizer, sob o ponto de vista do controle de constitucionalidade, que se faz necessário demonstrar as condições de abertura do texto constitucional à cooperação internacional, em especial nas hipóteses de possível incompatibilidade entre o texto da Constituição e a redação de um ato normativo internacional. Essa abertura, segundo a Constituição, se dá, em especial e, talvez, exclusivamente, mas essa seria uma outra discussão, pelos Direitos Humanos. Para a discussão que se propõe nesse texto, os Direitos Humanos funcionariam assim

[20] BRUGGER, Winfried. Das Menschenbild der Menschenrechte, p. 131 e 133.

como “critério de entrada” das normas internacionais produzidas cooperativamente quando essas estivessem em colisão com a Constituição.

A rigor, quando se fala em produção normativa compartilhada, tudo vai muito bem até o momento em que, por resultar de uma vontade compartilhada e não exclusiva, o texto final do ato normativo internacional venha a conflitar com a Constituição Nacional. Por se tratar de cooperação normativa internacional, o termo “exclusividade” dá lugar ao de “cedências possíveis”.[21]

O direito constitucional brasileiro tem dois exemplos de produção normativa cooperativa (ou compartilhada) no plano externo que se afastam das diretrizes normativas internas: (i) a hipótese de prisão civil por dívida e (ii) a hipótese de prisão perpétua prevista no Tratado de Roma que instituiu o Tribunal Penal Internacional.

O Tratado que instituiu o Tribunal Penal Internacional é resultado de um acordo entre diversos países. Se o Tratado não admitiu a pena de morte, o mesmo não ocorreu com a prisão perpétua. O Brasil ao participar da criação do Tribunal não teve e não tem condições de impor o ponto de vista da sua ordem constitucional interna. O resultado das negociações apontou para a razoabilidade da pena de prisão perpétua tendo em vista a natureza dos crimes que lá serão julgados. Portanto, se é sustentável que a pena de prisão perpétua possa ser incompatível com os direitos humanos, é indiscutível que o Tribunal Penal Internacional revela-se como um importante instrumento de garantia dos direitos humanos no plano internacional, do qual o Brasil não pode se furtar de cooperar. Assim, instala-se um dilema, que consiste na impossibilidade do Brasil de se furtar de participar de tão importante instituição internacional e de, ao mesmo tempo, ter que admitir um documento que não está em perfeita sintonia com a Constituição Nacional.

A resposta do Direito Constitucional para esse dilema deve se dar mediante a distinção entre competência legislativa exclusiva, que se dá no plano interno, e competência legislativa compartilhada (ou cooperativa), que se dá no plano internacional. O Tratado de Roma foi o resultado de várias vontades soberanas e,

[21] Sobre o conceito “cedências possíveis”, ver: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Constituição e Direito Internacional: Cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

portanto, merece ser analisado de forma diferenciada. A não compatibilização com a Constituição Federal (art. 5˚, inciso XLVII, alínea “b”) deve ser ponderada tendo em vista o art. 4˚ inciso II, que trata da prevalência dos direitos humanos. A ponderação tendente à ratificação do Tratado é razoável tendo em vista os seguintes argumentos: (i) o Tratado é resultado de várias vontades soberanas e o Brasil, ao mesmo tempo que não pode impor a sua vontade, não pode se furtar de cooperar para a criação do Tribunal Internacional, que visa se constituir em importante instrumento de garantia dos direitos humanos no plano internacional; (ii) a natureza dos crimes que serão julgados pelo Tribunal (crimes de lesa humanidade, incluindo o genocídio e os crimes de guerra) indica como razoável a previsão da possibilidade de aplicação da pena de prisão perpétua (isso não significa que todos que serão julgados pelo Tribunal receberão tal pena), sendo que tal previsão não se revela violadora do Princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos; (iii) o Tribunal atua em caráter subsidiário em relação as jurisdições penais nacionais; (iv) uma vez a Constituição demonstrar a sua opção pela noção de Estado Constitucional Cooperativo, as normas internacionais produzidas de forma cooperativa pelo país precisam ser analisadas, quando da sua compatibilização com a Constituição, segundo um juízo de razoabilidade que leve em conta os princípios que norteiam a abertura do país à cooperação e integração internacional.

Se a doutrina e a jurisprudência constitucional brasileira pós 1988 renovaram a dogmática dos direitos fundamentais, dando a esses uma posição de destaque na ordem jurídica, renovaram a hermenêutica constitucional, recepcionando os modernos métodos de interpretação e os diversos princípios vocacionados à máxima concretização das normas constitucionais, em especial daquelas decorrentes da implementação de direitos historicamente negados à grande parcela da população brasileira, elas devem ainda renovar a velha dogmática que mantém o país no quadro de um Estado Constitucional Nacional quando a Constituição dá mostras de sua opção pelo conceito de Estado Constitucional Cooperativo. O Supremo Tribunal Federal tem sinalizado positivamente para a mudança. Assim, o voto do Ministro Gilmar Mendes no RE 466.343-1 é explícito nesse sentido. Ao analisar o entendimento prevalente da hierarquia legal dos tratados o

Ministro observa, corretamente, que “é preciso ponderar, no entanto, se, no contexto atual, em que se pode observar a abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos, essa jurisprudência não teria se tornado completamente defasada”. Segundo, ainda, “não se pode perder de vista que, hoje, vivemos em um ‘Estado Constitucional Cooperativo’, identificado pelo Professor Peter Häberle como aquele que não mais se apresenta como um Estado Constitucional voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conceito Estado Constitucional Cooperativo melhor situa as posições do direito constitucional e do direito internacional em face da cooperação internacional para os direitos humanos. Se os argumentos de que os direitos humanos são uma espécie de supra-direito, que eles vinculam as ordens jurídicas nacionais, são válidos, é também certo que nas estruturas constitucionais nacionais se localizam os controles democráticos do poder, ou seja, o exercício da cidadania. Por certo que há uma tendência necessária de se pensar a cidadania nas estruturas supranacionais e internacionais, mas esse desejo encontra ainda obstáculos consistentes, encontráveis sobretudo na dificuldade de se materializar mecanismos de integração e pertencimento em estruturas políticas muito amplas. Essa situação intermediária, em que a organização política supranacional não se afirmou ainda plenamente sob o ponto de vista democrático e a estrutura nacional apresenta-se inconsistente, mostra claramente que o direito constitucional precisa fortalecer a compreensão do sentido da expressão Estado Constitucional Cooperativo e quais as implicações jurídico-constitucionais que dela decorrem. Trata-se de uma visão “realista” do direito constitucional, centrada na assimilação das limitações do Estado Constitucional em face da comunidade internacional e da necessidade da existência harmoniosa entre os Estados, pautada em regras jurídicas garantidoras dos direitos

humanos. O direito da comunidade internacional é um direito que busca a paz por meio da realização dos direitos humanos.

BIBLIOGRAFIA

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém. Um relato sobre a banalidade do mal.* Tradução do inglês por José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

BRUGGER, Winfried. Das Menschenbild der Menschenrechte. In. BYRD, B. Sharon, HRUSCHKA, Joachim e JOERDEN, Jan C. *Jahrbuch für Recht und Ethik. Rechtsstaat und Menschenrechte*. Band 3 (1995).

_____. A pessoa humana dos direitos humanos. *Cadernos de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*. N˚ 5, jan/dez 2005.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechte und Privatrecht – eine Zwischenbilanz*. Berlin: Walter de Gruyter, 1999.

HÄBERLE, Peter. Der Kooperative Verfassungsstaat. In. *Verfassung als öffentlicher Prozess. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. 3ª ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1998.

HAMM, Brigitte. Die Achtung der Menschenrechte als Grundlage für politische Gerechtigkeit im 21. Jahrhundert. In. LEGGEWIE, Claus e MÜNCH, Richard. *Politik im 21. Jahrhundert*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2001.

LEAL, Rogério Gesta. *Direitos Humanos no Brasil. Desafios à Democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Constituição e Direito Internacional: Cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

PIEROTH, Bodo e SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte Staatsrecht II*. Heidelberg: Müller Verlag, 1993.

PRONER, Carol. *Os direitos humanos e seus paradoxos: análise do Sistema Americano de proteção*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.