

O SURGIMENTO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL COMO UMA DECORRÊNCIA DO NEOCONSTITUCIONALISMO E DE SUA PROPOSTA DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS UNIVERSAIS.

THE EMERGENCE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT AS A RESULT OF THE NEOCONSTITUTIONALISM AND ITS PROPOSAL FOR UNIVERSAL HUMAN RIGHTS' PROTECTION.

Artemis Cardoso Holmes

Doutoranda pela Universidade Nova de Lisboa

Resumo

Neste artigo pretende-se demonstrar que o Neoconstitucionalismo, ao priorizar os princípios em detrimento das normas positivadas e eleger os direitos humanos como lastro de validade das leis, contribuiu para o desenvolvimento da jurisdição internacional, fato que possibilitou a instituição do Tribunal Penal Internacional.

Palavras-chaves

Jurisdição internacional. Penal. Corte. Neoconstitucionalismo.

Abstract

This article intends to demonstrate that the Neoconstitutionalism, in prioritizing the principles instead of the rules and elect human rights as ballast validity of the Law, contributed to the development of international jurisdiction, what made possible the establishment of the International Criminal Court.

Keywords

International jurisdiction. Criminal. Court. Neoconstitutionalism.

INTRODUÇÃO

O positivismo teve uma influência muito forte sobre as ciências humanas. Com o direito não foi diferente, visto que sofreu uma grande transformação e passou a ser identificado com a lei posta. A aproximação da análise jurídica das ciências naturais por meio da utilização do método empírico a despiu de qualquer julgamento ou valoração de seu conteúdo. A forma ganhou primazia e não tardou a chegarmos aos horrores do Holocausto, pois a alienação dos burocratas e

aplicadores do direito serviu aos fins nazistas.

Assim, sobretudo a partir do final da Segunda Guerra Mundial, houve uma ampla preocupação em relação à necessidade de reencontrar justificativas outras para as leis que não a mera posituação. Nesse sentido, muitos Estados, grupos e organizações passaram a solicitar a eleição de valores que pudessem fundamentar o amparo internacional aos direitos humanos, com a finalidade precípua de resguardar os indivíduos de governos ditatoriais que utilizam o poder de maneira arbitrária e cruel. É nesse contexto que os referidos direitos irão se desenvolver e ganhar instrumentos jurídicos de proteção na seara internacional, culminando com a instituição do Tribunal Penal Internacional como a primeira corte internacional permanente com poderes para punir em seara criminal os responsáveis por crimes contra a humanidade.

Dessa forma, entendemos que o Neconstitucionalismo e os

direitos humanos são parte de uma mesma evolução e mudança de paradigma: a passagem do Estado Liberal de Direito para o Estado Constitucional de Direito, bem como da transformação de uma sociedade internacional absenteísta para uma cultura da intervenção na defesa dos direitos humanos. O avanço no tratamento deferido aos direitos humanos tem uma correspondência direta com a superação do Positivismo Jurídico e o desenvolvimento do Neoconstitucionalismo.

Em razão das referidas transformações, foi possível a realização efetiva dos postulados estabelecidos nas Constituições e nos tratados internacionais, permitindo-se, assim, o surgimento da Corte Penal Internacional como uma instância supranacional de defesa dos direitos humanos.

1. O Constitucionalismo e o Positivismo Jurídico: contexto em que se desenvolveram.

No período da Idade Média, é possível constatar-se a existência de três pontos de

irradiação do poder político, sendo eles os feudos, os reinados e as Igrejas. O surgimento do Estado sob a forma que conhecemos hoje se deu na Idade Moderna e teve uma relação extremamente forte com a ideia de soberania que passou a acompanhá-lo desde então (GALINDO, 2006). Foram realizados esforços imensuráveis a fim de se delinear o território dos países, bem como no sentido de centralizar o poder (antes fragmentado) nas mãos dos monarcas.

Muitos pensadores começaram a desenvolver o conceito de soberania, o qual ficou mais conhecido sob a fórmula criada por Bodin, o qual a definiu como “o poder absoluto e perpétuo que é próprio do Estado” (BODIN *apud* BOBBIO, 1998, p.80 e segs.). Para o pensamento do referido período, a soberania seria restringível apenas e tão somente por leis divinas e naturais (ZIPELLIUS, 1997).

Naquele momento, o poder real era compreendido como derivado da própria divindade e, portanto, irrestri-

to, incontestável e absoluto. Assim, prevalecia o que se passou a denominar por “Direito Natural”, segundo o qual havia um conjunto de normas acima das legislações do Estado, as quais deveriam reger a elaboração destas últimas. Portanto, o jusnaturalismo entendia que o direito natural possuía um valor intrínseco e anterior às normas estabelecidas pelos governantes (BARROSO, 2001). Com o passar do tempo, a escola jusnaturalista renovou-se e passou a fundamentar a lei na razão humana.

O jusnaturalismo racionalista ou abstrato, como ficou conhecido, desenvolveu-se, primordialmente, a partir do século XVII e buscou afastar-se da postura teológica, a qual fundamentava as leis na existência de uma ordem divina. Dessa forma, passou-se a ter como justificção das normas a crença na racionalidade inerente à humanidade.

Essa transformação ocorreu, sobretudo, em função do antropocentrismo iluminista, o qual mudou o foco das relações sociais ao colocar o

homem no centro das discussões científicas e como senhor de seu próprio destino. Assim, a lei justa continuou a ser decorrente da natureza, mas não de ordem divina e sim fruto da razão humana (REALE, 1987).

Dessa forma, nos séculos XVII e XVIII, passou-se a buscar uma nova legitimação para a sociedade civil e política. Tal fundamentação foi encontrada nas teorias contratualistas, as quais irão afirmar a origem social a partir da realização de um pacto entre os indivíduos no sentido de atribuírem uma parte de sua liberdade a um ente estatal que terá, em contrapartida, a missão de proteger a todos.

Portanto, surge uma organização política cuja legitimidade repousa no consentimento dos membros da sociedade. Assim, a relação entre o Estado e os cidadãos começou a tomar um formato distinto, no qual os direitos vitais do ser humano passaram a ser compreendidos como naturais e invioláveis sob o risco de desacreditar-se o pacto estabelecido entre os

indivíduos e o ente estatal (FERRAJOLI, 2002).

Apesar das inúmeras diferenças entre os pensadores, pode-se falar na unidade de uma Escola do Direito Natural ao se ter em conta que todos eles acreditam na existência de normas jurídicas naturais derivadas da razão humana e não de um poder metafísico. Portanto, apesar das discordâncias, é possível perceber certa unidade em torno da crença na existência de um direito natural desprendido do pensamento teológico e fundamentado em uma ética racional capaz de alicerçar e orientar o comportamento dos indivíduos (SEGURA ORTEGA In: FERNÁNDEZ GARCIA & PECES-BARBA [orgs.], 2001). Assim, o homem, dotado de capacidade racional e liberdade, passa a ser o responsável por suas ações. Surge daí a ideia do contrato, que transforma a visão do direito e dá origem à sua fase moderna. Passa-se a entender a vida em sociedade a partir da existência de um pacto elaborado entre os indivíduos (SEGURA

ORTEGA In: FERNÁNDEZ GARCIA & PECES-BARBA [orgs.], 2001).

Por um lado, tais conceitos lançados no período iluminista foram se desenvolvendo e desencadearam inúmeras transformações na sociedade. Por outro, o surgimento de uma nova classe, a burguesia, fez com que o *status quo* estabelecido começasse a ser questionado. O referido grupo começou a ficar bastante insatisfeito por ter que arcar com os custos da aristocracia e, entretanto, permanecer alheio às decisões políticas. Ademais, o desenvolvimento do comércio requeria uma maior liberdade de atuação e menos intromissão por parte dos governantes. Tais fatos irão contribuir para desencadear uma série de movimentos contrários ao modelo estatal pautado no poder absoluto dos reis.

Dessa maneira, as revoluções burguesas foram realizadas com o fulcro de estabelecer Cartas Constitucionais e pôr fim ao processo de normas difusas e indiscriminadas existentes no Feudalismo, bem como às imposições

arbitrárias do regime monárquico absolutista. Surge, portanto, o Estado Liberal de Direito e com ele a ideia de que todos são iguais, ao menos, perante a lei. Esse fenômeno permitiu a passagem para uma nova racionalidade que iria nortear a humanidade, tendo como marco o império da lei (COVRE, 1991).

O referido processo foi paulatinamente fundamentado por teorias importantes como as contratualistas já citadas e as constitucionalistas. Nesse sentido, John Locke teve um papel fundamental ao desenvolver uma vertente diferente da doutrina dos direitos naturais, agora com a finalidade de justificar a revolução de 1688. Por essa concepção da teoria liberal do contrato social, os indivíduos renunciaram uma parte dos direitos que possuíam no estado de natureza, mas atribuíram ao ente estatal a finalidade de proteger os seus interesses. Dessa forma, passou-se a contestar a ordem social existente e a exigir-se uma contrapartida dessa organização política que até então se limitava a cuidar apenas dos direitos individuais

(MACDONALD *apud* WALDRON, 1984).

O soberano já podia ser questionado, pois seu poder não era mais compreendido como proveniente da divindade, mas como fruto de um pacto estabelecido entre os indivíduos que faziam parte da sociedade. Nessa nova lógica que se estabelecia, todos os cidadãos passaram a ser tratados como iguais perante o ordenamento jurídico (igualdade formal), apesar de permanecerem inúmeras discrepâncias sócioeconômicas.

A igualdade perante a lei foi incapaz de apresentar um padrão mínimo de dignidade aos indivíduos, os quais continuaram sem direitos sociais ou trabalhistas. A chegada da burguesia ao poder, portanto, não contribuiu para o fim da exploração, a qual se intensificou bastante entre a primeira e a segunda revolução industrial. Tudo isso colaborou para o desencadeamento de inúmeros protestos coletivos. As liberdades asseguradas não trouxeram melhores condições de vida a todas as

pessoas, pois ficaram limitadas à classe burguesa. Foi o caso da liberdade de iniciativa, a qual esteve restrita aos donos dos meios de produção enquanto aos assalariados restava apenas submeter-se às péssimas condições de trabalho e de remuneração (GALINDO, 2006).

Em seu início, o Constitucionalismo esteve, pois, intrinsecamente vinculado ao ideário do liberalismo. O principal objetivo almejado era a liberdade do cidadão em relação ao ente estatal. Assim, postulou-se o estabelecimento de uma nova forma de relacionamento entre o indivíduo e o Estado, no qual este último deixa de ser dotado de um poder absoluto e incontestável para passar a ser um Estado de Direito, ou seja, aquele no qual prevalecem as leis e essas deveriam regular as relações sociais e as ações dos governantes no sentido de impedi-los de agir arbitrariamente e interferirem na vida privada dos cidadãos. Contudo, apesar dessas transformações, o Estado

Liberal permaneceu forte, sendo capaz de impor sua vontade sempre que necessário. Assim, as repressões às greves iniciais, por exemplo, foram bastante violentas (GALINDO, 2006).

1.1. O início do Constitucionalismo Liberal e o Positivismo Jurídico.

O Constitucionalismo ficou conhecido como um movimento que teve por objetivo limitar os poderes políticos via a elaboração de constituições escritas, a fim de assegurar-se a liberdade dos cidadãos e impedir interferências estatais arbitrárias (CUNHA JÚNIOR, 2008). Assim, temas como a opção religiosa, por exemplo, passaram a não mais dizer respeito aos interesses estatais. Houve a separação definitiva entre política e religião e os cidadãos passaram a ter o direito de professarem qualquer fé independente da aprovação estatal.

Nessa fase liberal, o Estado começou a ter uma

atuação bastante restrita, atendo-se primordialmente a assegurar a liberdade de concorrência aos indivíduos, interferindo o mínimo possível. Entretanto, apesar de limitados, os poderes e funções dos governantes deveriam estar sacramentados em um documento escrito e formal (a Carta Magna), a fim de evitar possíveis tentativas de retorno às arbitrariedades jurídicas cometidas no período das monarquias absolutistas (GALINDO, 2006).

Diversos acontecimentos contribuíram para o surgimento do Constitucionalismo Liberal que se irá consolidar no século XIX. Dentre eles, podemos citar: a constituição americana de 1787; a Revolução Francesa, que trouxe a bandeira da igualdade, liberdade e fraternidade; as teorias contratualistas desenvolvidas sob diferentes perspectivas por Hobbes, Lock e Rousseau; a ascensão da classe burguesa que, mesmo detendo o poder econômico, sentiu-se insatisfeita por permanecer privada da participação

política e, então, passou a reivindicar mudanças significativas nas relações de poder estabelecidas, etc...

Ocorre que nesse momento inicial, apesar do movimento constitucionalista exigir a elaboração de Cartas Magnas, estas terão um papel muito mais de declarações políticas do que propriamente de instrumentos jurídicos a serem observados. Isso também acontece com os tratados internacionais realizados naquele período. Portanto, serão as leis e os códigos que terão imperatividade. Ademais, como sublinha Perelman, será retirada do direito qualquer menção à ideia de justiça ou de valores morais, a fim de aproximá-lo o máximo possível das ciências naturais (PERELMAN, 1998). Ou seja, buscar-se-á transformá-lo em um conhecimento objetivo e impessoal.

Pode-se apontar como uma contribuição importante do constitucionalismo liberal, dentre outras, a implementação da doutrina da separação dos poderes, a qual já havia sido referida por

Aristóteles, mas que foi trabalhada, sobretudo por Locke e Montesquieu. É este último que irá desenvolver a teoria referida ao pregar que a limitação do poder deveria ser realizada por meio de sua fragmentação e distribuição entre entes diversos com funções independentes e diferentes entre si (GALINDO, 2006).

A separação entre o direito e a moral foi também uma consequência da sobreposição do Juspositivismo ao Direito Natural. O pensamento predominante passou a ser o de que toda norma editada pelo Estado era direito, mesmo que fosse extremamente injusta. Portanto, não cabia aos cidadãos contestá-la, mas obedecê-la em prol da manutenção da ordem e da segurança jurídica. Para Kelsen, um dos maiores representantes do Positivismo Jurídico, justiça era sinônimo de legalidade e as regras positivadas tinham que ser aplicadas a todas as pessoas da mesma forma (KELSEN, 1998).

O Juspositivismo irá afastar as concepções do Direito Natural e, assim, valorizará apenas a norma posta, ou seja, aquela normatizada pelo ente estatal. Dessa forma, caberá ao aplicador do direito apenas a análise e interpretação das legislações vigentes, limitando-se, assim, o conhecimento jurídico ao estudo das regras positivadas. Nenhuma outra fonte poderá ter mais força do que a lei. Não se admitirá a influência de preceitos ou valores morais na busca da solução dos conflitos pelo Judiciário. Houve, portanto, o domínio do positivismo-legalista, em que a lei é tida como a única ou, pelo menos, como a principal fonte do direito (KAUFMANN & HASSEMER, 2002).

Dessa forma, caberia aos juristas analisar apenas a validade da norma e aplicá-la ao caso concreto em um processo de subsunção. Quaisquer apreciações valorativas, políticas ou pautadas em fatores biopsicossociais deveriam ser evitadas. A ciência jurídica deveria se basear exclusivamente nos fatos e na lei. Segundo Barroso, o ordenamen-

to jurídico passou a ser visto como completo em si mesmo, não necessitando de outras fontes para integrar as lacunas porventura existentes. Todas as dúvidas deveriam ser resolvidas conforme o sistema jurídico vigente e com base nele, sem questionar-se seu fundamento e justiça (BARROSO, 2001).

Assim, as constituições tinham um papel meramente formal, posto que seus dispositivos só tinham aplicabilidade a partir do momento em que eram positivados nas legislações ou códigos. Portanto, os direitos ficavam inteiramente dependentes da vontade legislativa dos Estados por mais importantes e imprescindíveis que fossem. As Constituições, assim como os tratados internacionais, passaram, por conseguinte, um longo período sendo consideradas como meras declarações de intenções sem qualquer efetividade.

Todavia, apesar das contribuições trazidas pelo Constitucionalismo positivista como a limitação do poder dos governantes, a proteção à liberdade dos indivíduos, a

permissão para a contestação das decisões governamentais e a liberdade religiosa, dentre outras, a igualdade formal pregada não foi suficiente para diminuir as desigualdades e assegurar condições de vida digna para os trabalhadores e cidadãos em geral.

A contradição entre as promessas de liberdade, igualdade e fraternidade e a prática das ações políticas por parte da classe burguesa geraram um enorme desconforto. As revoluções industriais intensificaram a exploração dos trabalhadores e levaram à usurpação do trabalho de homens, mulheres e crianças. As condições de saúde e educação também se encontravam bastante precárias ou não existiam e as manifestações de descontentamento eram oprimidas com bastante violência. Assim, mesmo que reconhecessem alguns direitos humanos, tais Constituições não tinham imperatividade e se restringiam a submeter sua validade ao desenvolvimento de cada uma das chamadas gerações de direitos (FIORAVANTI, 2007).

Assim, as classes trabalhadoras começaram a exigir melhores salários e condições profissionais. Muitas críticas foram realizadas ao capitalismo liberal e, dentre seus oponentes, o mais influente deles foi Karl Marx, o qual questionou a capacidade desse modelo econômico em solucionar os problemas sociais e, dessa forma, propôs uma ruptura com o que ele denominou como a “falsa democracia burguesa”. Além das críticas marxistas e de seus discípulos, outras importantes foram também realizadas pela Igreja Católica por meio da Encíclica *Rerum Novarum* e por pensadores não marxistas, porém, igualmente contrários ao Estado liberal burguês (GALINDO, 2006). A partir de então, começou a haver a exigência no sentido do Liberalismo Positivista acolher alguns direitos sociais.

Assim, no final do século XIX começa-se a delinear o Estado Social como uma resposta aos questionamentos realizados pela classe trabalhadora e às acusações dirigidas ao liberalismo no sentido de

considerá-lo responsável pelo imenso aumento das desigualdades sociais. Entretanto, pode-se dizer que o Positivismo Social surge de fato a partir da Constituição mexicana de 1917, da Revolução russa e de sua “Declaração de direitos do povo trabalhador e explorado”, bem como da Constituição de Weimar de 1919. Esses acontecimentos são emblemáticos de um momento de extrema insatisfação, o qual originou uma nova proposta de organização da produção denominada Socialismo.

Dentre os fatos supracitados, a constituição alemã de Weimar merece destaque em razão da repercussão internacional que teve, tornando-se, portanto, uma referência para o Constitucionalismo Social. Ela veio a proteger direitos como a saúde, a maternidade, a educação pública e gratuita, a assistência e previdência sociais, dentre outros. Dessa forma, tratou-se de um documento bastante inovador para aquele período, pois, embora a Constituição

francesa de 1793 já houvesse estabelecido alguns daqueles direitos, ela não chegou a entrar em vigor (GALINDO, 2006, p.58).

O início do século XX, portanto, começa já com a elaboração dos primeiros textos constitucionais a incluir direitos sociais. Ademais, mesmo os países que ainda não haviam aderido a tais mudanças, sentiram-se forçados a fazê-lo. Pode-se dizer que o mais complicado para o Constitucionalismo Social emergente foi equilibrar duas correntes de pensamento contrapostas, ou seja, a liberal e a socialista. Por um lado, os direitos individuais; por outro, os direitos sociais, os quais exigem uma mudança de postura do Estado no sentido de intervir nas questões relativas à organização econômica e social a fim de assegurar educação, saúde, garantias trabalhistas, etc (GALINDO, 2006).

Essa passagem de uma concepção estatal abstencionista para um modelo intervencionista irá ter reflexos diretos na forma como as constituições irão

lidar com a sistematização dos direitos previstos em seus dispositivos. A organização do texto constitucional passa a assumir uma postura dirigente, vinculante e intervencionista para garantir os denominados direitos fundamentais a partir de então. Com todas essas transformações, a comunidade jurídica tem que aprender a lidar com as demandas sociais por um lado e, por outro, com as limitações econômicas dos governos (CANOTILHO, 1994).

Embora se tenha verificado uma mudança significativa nos modelos constitucionais no sentido de acolherem os direitos sociais, o Positivismo Jurídico ainda se manteve forte até o advento do final da Segunda Guerra. Foi naquele momento que, enfim, restaram claras as insuficiências daquele modelo para resguardar a sociedade e os interesses dos cidadãos.

Ao afastar os valores e a moral do direito, a norma passou a se fundamentar única e exclusivamente na vontade do legislador. Não se questionava mais a justiça da mesma e, assim, o

pensamento positivista foi acusado por muitos doutrinadores como Valdés de ter sido um dos fatores que possibilitaram a ocorrência do Nazismo e do Fascismo (GARZÓN VALDÉS, 1985). Dessa forma, o Positivismo deixou sem defesa tanto os cidadãos quanto os próprios juristas, os quais foram obrigados a se render às determinações mais arbitrárias e devastadoras¹⁵.

Todavia, esse posicionamento é tido como um equívoco por outros juristas como é o caso de Norberto Bobbio, o qual acredita que o Nazismo era

¹⁵ Para uma maior investigação deve-se ver também: RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução e prefácios de Luís Cabral de Moncada. 6. ed. revista e acrescida dos últimos pensamentos do autor. Coimbra: Arménio Amado, 1979; ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução de Edson Bini e revisão técnica de Alysson Mascaro. Bauru: Edipro, 2003; DÍEZ-PICAZO, Luis. **Experiencias jurídicas y teoría del derecho**. 3. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1993; BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, t. III, 2005.

contrário ao Positivismo Jurídico, pois afirmava que o aplicador da lei deveria julgar de acordo com o interesse político do Estado e não conforme a norma posta (BOBBIO, 1995). Alguns estudiosos como Ingeborg Maus, Thomas Mann e Recaséns Siches também seguem essa mesma linha de pensamento¹⁶. Ademais, sabe-se que parte da sociedade e dos juristas apoiaram as medidas tomadas pelo Estado alemão naquele período.

A derrocada do Positivismo após a Segunda Guerra e a emergência do que, após algumas décadas, passou

a ser denominado como Neoconstitucionalismo, Pós-Positivismo ou mesmo por novo Constitucionalismo. Essa forma diferente de ver a Constituição trouxe alterações extremamente relevantes na relação entre os cidadãos e o Estado, sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais (no âmbito interno), bem como aos direitos humanos (na seara internacional).

2. O Neoconstitucionalismo e os direitos fundamentais: desenvolvimento paralelo.

O

Neoconstitucionalismo tem início a partir das transformações ocorridas após a Segunda Guerra Mundial na Europa e pode ser compreendido como uma nova fase do Constitucionalismo, embora com características e objetivos diferenciados. Enquanto este último visava, sobretudo, limitar o poder dos governantes e, assim, assegurar a liberdade dos cidadãos; o primeiro busca,

¹⁶ Para maiores informações: MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. *Novos Estudos Cebrap*. São Paulo: Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebrap), n. 58, p. 183-202, 2000; MANN, Thomas. **Ouvintes alemães! Discursos contra Hitler (1940-1945)**. Trad. Antonio Carlos dos Santos e Renato Zwick. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009; RECASENS SICHES, Luis. **Introducción al estudio del derecho**. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 1970.

especialmente, garantir a aplicabilidade dos direitos fundamentais (COMANDUCCI, 2001).

Essa nova fase do Constitucionalismo é considerada por alguns como um fenômeno político, social e cultural que concedeu à Carta Magna um fundamento axiológico supremo. Dessa forma, a partir dele, passou a ser exigida uma interpretação constitucional dos diversos ramos do direito de forma que apenas têm validade as normas avalizadas pelos princípios e valores constitucionais vigentes. Assim, o Neoconstitucionalismo desafia e supera as premissas do Positivismo e se coloca como uma alternativa ao mesmo, ao trazer uma perspectiva diferente para o Direito Constitucional (COMANDUCCI, 2001).

O estabelecimento de novas constituições em países como Alemanha, Itália e França reorganizaram os ordenamentos jurídicos e trouxeram uma mudança substancial ao fundarem os primeiros tribunais constitucionais. As referidas

cortes tiveram como função primordial afiançar a supremacia das Cartas Magnas, sobretudo no que diz respeito à proteção do desenvolvimento dos direitos humanos (LAVROFF, 1981). Dentre tais cartas, merece destaque a Constituição de Bonn de 1949 e a criação do Tribunal Constitucional alemão em 1951.

Embora tenha tido inspiração no modelo norteamericano e desenvolvimento inicial na Europa, esse novo Constitucionalismo ganhou amplitude global ao se estender por inúmeros países em todos os continentes. Assim, a Lei Maior passou a ocupar um lugar de destaque no ordenamento jurídico, o que tornou possível sua influência sobre as legislações internas dos Estados, sobretudo em decorrência do vínculo que se formou entre o Constitucionalismo e a democracia (BARROSO, 2008).

A partir das referidas transformações, os direitos fundamentais passaram a ter um papel mais relevante no

sistema jurídico dos Estados. Paulatinamente foram sendo construídos sistemas garantidores dos mesmos, seja nas searas nacionais, seja no âmbito internacional por meio da proteção aos direitos humanos via tratados, convenções e órgãos judiciais com poderes que ultrapassam as fronteiras dos países e visam proteger os seres humanos (PÉREZ LUÑO, 1998). Dessa forma, passou-se a falar no indivíduo como sujeito do Direito Internacional.

Os direitos fundamentais foram erigidos à condição de lastro de legitimidade das normas. Assim, quaisquer leis que os desrespeitassem poderiam ser desconstituídas. Houve também uma expansão desses direitos no sentido de permearem por completo a atuação do Estado Constitucional, de maneira que devem ser ampliados e respeitados por todos os poderes públicos, bem como servir de parâmetro para a elaboração, aplicação e interpretação das demais normas do sistema jurídico

estatal. Se antes tais direitos tinham validade apenas quando fundamentados por dispositivos legais, a partir dessas transformações a relação inverteu-se. Assim, as regras passaram a ter força normativa desde que respeitem os referidos interesses.

Ademais, outra inovação do Neoconstitucionalismo foi a de reconhecer a relevância e trazer de volta os valores por meio de sua positivação nas Cartas Magnas. Dessa forma, os poderes públicos foram obrigados a respeitá-los e protegê-los, de maneira que tais princípios atuem como verdadeiros limites ao poder discricionário das autoridades, na medida em que são aplicáveis diretamente, sem necessidade de quaisquer leis para regulamentá-los (TORRES DEL MORAL, 1998). Trata-se de um processo ainda em desenvolvimento e, para que possa efetivar-se definitivamente, será necessário superar os dogmas do positivismo jurídico e, assim, consolidar uma

interpretação realizadora das normas constitucionais.

Segundo Guastini, pensador italiano, para que haja a constitucionalização de um sistema jurídico, são necessários alguns requisitos. Dentre eles, o autor destaca os seguintes: o estabelecimento de uma constituição rígida e que inclua os direitos fundamentais; a hierarquização do sistema jurídico em cujo topo se encontra a Carta Magna; a atribuição de força normativa vinculante às disposições constitucionais; a interpretação da constituição a partir de seus princípios explícitos e implícitos; a aplicação direta das normas constitucionais tanto no âmbito das relações públicas quanto das privadas; a apreciação das leis conforme os valores e princípios constitucionais e a influência da Carta Maior nos debates políticos (GUASTINI, 2001).

Dirley da Cunha afirma que o Neoconstitucionalismo tem por base um novo Direito Constitucional, cujo paradigma não é mais o do

Estado Liberal de Direito, mas o do Estado Constitucional de Direito, ou seja, não imperam mais a lei e o princípio da legalidade, mas a orientação das normas constitucionais. A Carta Magna encontra-se agora no centro do ordenamento jurídico, com força vinculante e compulsória de modo supremo sobre as demais normas (CUNHA JÚNIOR, 2008).

Outra característica que merece ser apontada nesse novo Constitucionalismo é a reaproximação entre o direito e a moral. Todo o ordenamento jurídico passou a estar vinculado aos valores adotados pela Constituição vigente, de forma a respeitá-los e segui-los como vetores orientadores da interpretação do sistema normativo. Ademais, houve a normatização da Carta Magna, cujos dispositivos passaram a ser compreendidos como de aplicação imediata e compulsória e não mais como uma mera orientação para os legisladores (CANOTILHO, 1995).

Embora já existissem nos âmbitos filosófico e

jurídico, é com o Neoconstitucionalismo que os princípios serão tidos como obrigatórios uma vez dispostos nas Cartas Magnas. Portanto, eles conquistarão a posição de normas jurídicas, passando da condição de mero apoio interpretativo para a de disposições jurídicas de aplicação compulsória e imediata.

À medida que os princípios ganharam força normativa, também a forma de resolução dos conflitos jurídicos sofreu transformações. Enquanto antes a resposta para as controvérsias era encontrada por meio da subsunção da regra jurídica ao caso concreto, agora se percebe que, muitas vezes, é necessária uma avaliação do caso específico com base nos princípios. Nessas hipóteses, o juiz terá que avaliar qual deles tem mais relevância para a situação em análise e, assim, afastar os demais.

Portanto, prevalece a ponderação e não mais a subsunção. Assim, o papel do intérprete também mudou já que ele não irá atuar apenas

como um técnico capaz de encontrar a lei que se enquadra na proposição em análise, mas passará a contribuir para a criação do ordenamento jurídico. Assim, irá complementar o trabalho legislativo ao valorar as normas e cláusulas abertas e fazer as escolhas entre as possibilidades encontradas (BARROSO, 2008).

Com o Neoconstitucionalismo houve o abandono do legalismo, do formalismo e do foco no Legislativo. Assim, passou-se a buscar uma norma não apenas vigente por ter percorrido todo o processo legislativo, mas válida por ser justa, respeitar e proteger os direitos humanos. Portanto, agora se compreende como válida a regra jurídica em conformidade com os referidos direitos. A Carta Magna, com os valores e princípios nela contidos, foi alçada ao centro do interesse jurídico. Dessa forma, o conteúdo e a moral começaram a ser vistos como essenciais para a concretização da justiça. Segundo Dworkin, é necessário fazer-se uma

releitura moral da Constituição (DWORKIN, 2006), algo impensável durante o predomínio do Positivismo jurídico.

A Lei Maior extrapola seus próprios limites ao deixar de ser um simples sistema em si e passar a ser compreendida como uma nova forma de visualizar e interpretar os outros ramos do Direito. Alguns denominam essa nova função como “filtragem constitucional”, segundo a qual todo o ordenamento jurídico deve ser estudado e compreendido sob a perspectiva da Carta Magna e, assim, concretizar os valores por ela abarcados. Em outras palavras, não se trata de trazer para a Constituição as regras das demais searas jurídicas, mas de fazer a interpretação de seus institutos sob a ótica constitucional (CANOTILHO, 1991).

A interpretação constitucional não é realizada exatamente da mesma forma que a legal. Como já referido, trata-se de uma nova maneira de olhar para o ordenamento jurídico e aplicá-lo. Dentre as diversas mudanças, uma que

merece destaque é a incorporação do princípio da ponderação na busca de resposta para os conflitos que tragam a possibilidade de mais de uma solução aceitável com fundamento em valores diversos (SANCHÍS PRIETO, 2000). Assim, o silogismo e a subsunção perdem relevância nessa nova maneira de interpretar e resolver as divergências de interesses.

No sistema legalista, a resolução dos conflitos se dava, sobretudo, a partir da aplicação das regras aos casos concretos. Já sob a ótica constitucionalista, as divergências devem ser resolvidas por meio da utilização dos princípios e, em caso de choque entre eles, deve-se afastar aquele menos adequado à situação sob análise, embora os demais continuem válidos. Assim, não há que se falar em exclusão do sistema, mas em prevalência de um valor frente a outros nas hipóteses em questão naquele momento (SILVA, 2003).

A questão crucial parece ser a positivação e aplicação primordial dos princípios em

lugar das regras. A partir dessa postura surge um novo método, qual seja, a ponderação. Assim, resulta uma forma diferente de avaliação voltada para o caso concreto, individual, que terá como principal ator o Judiciário e não mais o Legislativo. Ademais, verifica-se, em consequência, a predominância da Constituição em face das leis (ÁVILA, 2009).

Outra alteração relevante é a exigência de que a norma, para ser válida, esteja em consonância com os direitos humanos. Aqui se encontra uma verdadeira mudança de paradigma e um fato extremamente importante, pois a lei não tem mais valor em si mesma, sendo imprescindível que seja justa (REY CANTOR, 2008). Para tal, ela deve manter-se vinculada aos referidos direitos tanto durante sua confecção, quanto durante sua aplicação pelo juiz, o qual passa a ter uma maior liberdade no sentido de complementá-la e, assim, colocá-la em harmonia com as práticas e mudanças sociais.

Como se percebe, a partir dessa nova forma de interpretação, os direitos humanos ganham um papel central. Muda-se a lógica dos deveres para a dos direitos e os cidadãos conquistam um novo *status*, passando a ser considerados sujeitos do Direito Internacional. Os direitos humanos e os direitos fundamentais passam a permear todo o ordenamento jurídico interno e internacional, funcionando como avalizadores das relações públicas e privadas.

Assim, os tribunais constitucionais, que começaram a ser criados na Europa após a Segunda Guerra e se espalharam por inúmeros países de outros continentes entre as décadas de 80 e 90 do século XX, têm um papel imprescindível no sentido de verificarem a conformidade das leis em relação às Constituições e aos direitos fundamentais. Também os direitos humanos passam a servir de lastro para as relações entre os Estados e a serem assegurados por tribunais internacionais. Ademais, em virtude das

atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, a soberania estatal passou a ser contestada, não se aceitando mais atitudes de violência e desrespeito aos direitos humanos pelos governos no que diz respeito a seus cidadãos ou a qualquer pessoa em seus territórios. Questões antes compreendidas como de ordem interna passaram a ter relevância na seara internacional.

Assim, torna-se possível o desenvolvimento de instâncias internacionais de proteção aos direitos humanos. Sob essa nova perspectiva, diversos tratados foram realizados e órgãos importantes foram criados no sentido de defender as pessoas e inibir a realização de crimes tanto em âmbitos regionais como internacionais. Como se pode perceber a partir da observação do surgimento das jurisdições regionais e globais têm ocorrido alterações significativas na relação entre o Direito Interno e o Internacional, sobretudo no que se refere às questões concernentes aos direitos humanos.

Para atender à necessidade de conciliação entre essas diferentes instâncias que antes pareciam totalmente separadas e independentes, os ordenamentos jurídicos estatais tiveram que se adaptar e criar mecanismos de solução para os possíveis conflitos. Nesse sentido, inúmeros países, após saírem de regimes autoritários, buscaram promulgar novas Cartas Magnas. Outros optaram por fazer emendas e modificar o modo de recepção dos tratados internacionais, dentre distintas medidas.

2.1. O desenvolvimento do Neoconstitucionalismo e o fortalecimento das jurisdições internacionais.

As Constituições de 1787 dos Estados Unidos e de 1789 da França, bem como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1793, são consideradas marcos fundamentais para o Constitucionalismo. Entretanto, apesar da relevância dos referidos documentos, naquele período

a abordagem relativa aos direitos humanos ainda estava muito pautada em uma vertente filosófica e sem instrumentos para sua concretização fática. Assim, é o final da Segunda Guerra Mundial que será um momento estritamente importante para a criação dos mecanismos internacionais necessários para a proteção dos referidos direitos.

Ainda durante muito tempo a Constituição permaneceu sendo compreendida como uma carta política, no sentido de ter a mera função de conclamar a atuação dos poderes Legislativo e Executivo. Ou seja, seus dispositivos não dispunham de aplicabilidade imediata. Apenas as leis, sobretudo o Código Civil, eram passíveis de arguição jurídica direta. E, mesmo com o passar do tempo, as Cartas Magnas permaneceram sendo compreendidas à luz das leis, o que restringia demasiadamente a interpretação de seu conteúdo.

A partir de meados do séc. XX, no entanto, o

positivismo jurídico passou a ser reiteradamente questionando, o que gerou uma ampla preocupação em relação à necessidade de se reencontrar outras justificativas para as leis que não a mera positivação. Nesse sentido, muitos Estados, grupos e organizações passaram a solicitar a eleição de valores que pudessem fundamentar uma proteção internacional aos direitos humanos, com a finalidade precípua de proteger os indivíduos de governos ditatoriais que utilizam o poder de forma arbitrária e cruel.

Dessa forma, a Carta das Nações Unidas de 1945 foi bastante relevante, pois os Estados colocaram a proteção aos direitos humanos como objetivo das Nações Unidas. Já a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, por sua vez, significou um grande marco para a universalização desses direitos já que eles foram reconhecidos como patrimônio comum da humanidade. A referida declaração teve ainda um

papel imprescindível no sentido de definir quais eram os direitos humanos e as liberdades fundamentais a que a Carta de 1945 se referia. Ademais, foi o primeiro documento internacional a conjugar direitos civis e políticos com os econômicos, sociais e culturais (FACHIN, 2009).

Entretanto, apesar desses e de outros documentos internacionais que foram sendo instituídos, a efetivação dos referidos direitos carecia de instrumentos reais de garantia, os quais foram sendo criados, sobretudo, a partir da fundação dos tribunais internacionais.

Durante bastante tempo a grande crítica aos direitos humanos foi justamente a ausência de instrumentos e instituições capazes de obrigar os Estados ao seu cumprimento. A compreensão vestfaliana da soberania foi, talvez, o principal empecilho a tal concretização, uma vez que os governantes alegavam a impossibilidade de seus estados se submeterem a uma

ordem externa sob pena de perderem o poder de decisão sobre questões vistas como assuntos exclusivamente domésticos até então.

Entretanto, alguns fatores econômicos e sociais vão contribuir para a mudança da concepção que se tinha da soberania. Dentre eles, podem-se citar: a abertura das fronteiras nacionais ao comércio e capital financeiro internacional; a significativa perda do controle dos governos sobre as empresas que passaram a atuar em diversos países; os desastres ambientais que ultrapassam as fronteiras nacionais; a velocidade dos meios de comunicação e de transporte que permitiram a interligação e influência recíproca bastante forte entre as pessoas e instituições de diversos espaços do globo terrestre. Todos esses acontecimentos contribuíram para a relativização da concepção vestfaliana da soberania.

O Direito, por sua vez, também viu o reflexo dessas transformações. É importante salientar ainda que tais mudanças não se restringiram

ao Direito Internacional, mas dissiparam-se por diversos ramos. O Direito Constitucional, por exemplo, tem passado pelo que alguns autores como Dirley da Cunha (2011) denominam de relação transcendental permanente. Ou seja, o direito local, outrora voltado apenas para si próprio, passa a perceber novos horizontes ao olhar para outros ordenamentos jurídicos a fim de encontrar respostas eficazes para os problemas que surgem em virtude desses fenômenos que ultrapassam as nacionais. É o ordenamento jurídico local em permanente contato com os demais sistemas jurídicos a fim de encontrar soluções as novas situações que se apresentam.

O Constitucionalismo já trouxe em si a semente do Neoconstitucionalismo e do Transconstitucionalismo. Isso porque, ao submeter o Estado e seus governantes à norma constitucional, ele rompe com a concepção clássica da soberania absoluta e, assim, possibilita o contato entre diversos ordenamentos jurídicos. Da mesma forma, a

Carta da ONU e os demais documentos de direitos humanos internacionais, ao colocarem a atuação dos Estados sob sua vigilância, de certa maneira, romperam com o modelo de soberania absoluto e, assim, o Constitucionalismo pôde se expandir ao Direito Internacional, mesmo que de forma ainda incipiente (FERRAJOLI, 2004).

Assim, ao mesmo tempo em que o Neoconstitucionalismo se desenvolve e atribui força normativa às Constituições estatais, também as normas do Direito Internacional são aperfeiçoadas e começam a ter uma maior efetividade. As Cartas Magnas não são mais percebidas como catálogos de princípios políticos orientadores das ações legislativas e administrativas e os tratados e convenções internacionais deixam de ser vistos como meras declarações de intenções.

Esses fenômenos se desenvolvem paulatina e concomitantemente a partir de meados do séc. XX. Para que tal transformação ocorresse,

foi fundamental a instituição dos tribunais constitucionais e dos tribunais internacionais. Dessa forma, pode-se perceber que estamos tratando de acontecimentos interrelacionados e que se autoinfluenciam. Nesse sentido, Luigi Ferrajoli (2004, p.122) frisa a importância dos tribunais de opinião¹⁷ para a denúncia não apenas dos crimes contra os direitos humanos, mas também para a sua impunidade. Nesse sentido, o referido autor refere que: A impunidade de tais crimes, com efeito, não é

senão a inefetividade do direito e, mais especificamente, a inefetividade dos direitos fundamentais frente aos Estados e seus governantes que, frequentemente, são autores ou cúmplices dos autores de tais crimes.

Ao dar prosseguimento ao raciocínio, Ferrajoli (2004) sublinha que os tribunais de opinião são fruto da necessidade de se denunciar a inefetividade dos direitos fundamentais devido à inexistência de garantias jurídicas no sistema internacional. Ademais, o referido autor afirma que os referidos tribunais permanecem relevantes, mas, agora, com uma nova função, a de fazer críticas e instigar a atuação dos tribunais internacionais, ao apontar seus limites e questionar sua estagnação quando eles não estiverem a atuar de forma eficiente.

¹⁷ Os tribunais de opinião tiveram seu formato delineado com base no Tribunal Russell, o qual buscou julgar as situações de tortura ocorridas na América Latina durante o período das ditaduras militares. O referido tribunal era presidido por Bertrand Russell e tinha a colaboração de notáveis intelectuais conhecidos internacionalmente. Com a morte de seu criador, passou a ser conhecido como Tribunal Permanente dos Povos. Mesmo após o fim das ditaduras, os referidos tribunais continuaram a existir com a função de denunciar os atentados aos direitos humanos perante a sociedade civil por via dos meios de comunicação.

3. A universalização dos direitos humanos e o surgimento do Tribunal Penal Internacional.

Pode-se apontar como principais marcos da proteção internacional aos direitos humanos a criação da Liga das Nações e da Organização Internacional do Trabalho¹⁸. Segundo Piovesan, para que tal universalização fosse possível, foi imprescindível redelinear a concepção e o âmbito de abrangência da soberania estatal, despidendo-a de seu caráter absoluto (PIOVESAN, 2011). Nesse sentido, ao limitar o poder dos governantes, o Constitucionalismo deu uma contribuição bastante significativa.

Conforme Fachin (2009), essas instituições foram fundamentais para o estabelecimento de um sistema internacional com o fulcro de proteger os direitos humanos. Piovesan (2011),

por sua vez, refere que a criação dessas organizações encerrou um período em que o Direito Internacional estava praticamente restrito a regulamentar as relações estatais. A partir de então, surge um novo momento no qual as obrigações internacionais se direcionam para a proteção aos direitos humanos. Dessa forma, torna-se possível o desenvolvimento da ideia do indivíduo como sujeito de Direito Internacional.

Embora se deva considerar o momento posterior à Segunda Guerra como fundamental para o desenvolvimento dos direitos humanos, o caminho a ser percorrido no sentido de protegê-los de forma efetiva ainda seria longo. Diversos fatores contribuíram para a concretização do antigo sonho de se criar uma corte internacional permanente para investigar e julgar os crimes de extrema gravidade que atingissem a dignidade humana.

Nesse sentido, merece destaque o término da Guerra-Fria, que pôs fim a um mundo dividido e sem oportunidade

¹⁸ O Direito Humanitário aplica-se na hipótese de guerra e tem por objetivo primordial proteger os civis e os militares fora de combate.

para o diálogo. Embora as diferenças e os conflitos entre os países tenham continuado a existir, o fim da polarização político-ideológica permitiu que grandes potências pudessem sentar para tratar de inúmeros temas, ampliando-se significativamente a agenda internacional com a inclusão de questões como o meio-ambiente, a pobreza nos países subdesenvolvidos e a necessidade de responsabilização dos indivíduos por crimes de gravidade internacional, etc.

Outros episódios também foram relevantes no sentido de incentivar a criação de uma jurisdição internacional, tal como a descolonização de diversos países africanos e as guerras étnicas que surgiram em seguida. Ademais, o fato de apenas quatro décadas após a Segunda Grande Guerra, mais uma vez a comunidade internacional ter se visto diante de novas atrocidades cometidas no seio da Europa causou uma imensa perplexidade.

Todos esses acontecimentos tornaram possível o desenvolvimento de um novo olhar sobre os direitos humanos. O indivíduo

tornou-se prioridade como sujeito de direitos e portador de dignidade. Diante dessa perspectiva, os Direitos Interno e Internacional passam a interagir a fim de buscar soluções para as questões humanitárias, dando-se primazia às normas mais benéficas para a dignidade humana. Nesse sentido, segundo Piovesan, os tratados internacionais de direitos humanos procuram “aprimorar e fortalecer, nunca restringir ou debilitar o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo constitucional” (2011, p.102).

Dessa forma, em 1998 foi assinado o Estatuto de Roma, o qual instituiu o Tribunal Penal Internacional (TPI), localizado na cidade de Haia. O referido estatuto entrou em vigor em julho de 2002 com a atribuição de julgar os indivíduos pelos crimes de genocídio, de guerra, contra a humanidade e de agressão, embora este último só tenha vindo a ser precisamente definido na Conferência de Kampala em 2010 (LIMA, 2006).

A referida corte, cuja criação já estava prevista desde a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio realizada em 1948 (TARQUAY, 2008), significou uma mudança de paradigma para a história da humanidade. A partir de então, pode-se falar em uma verdadeira justicialização dos direitos humanos em contraposição à clássica percepção da soberania como fator justificante das ações estatais por mais injustas que fossem (MELO, 2005).

Como esclarece Saulo de Carvalho (2005), o Estatuto de Roma aperfeiçoou a dogmática jurídica quanto ao tratamento deferido aos direitos humanos. Para tal, criou um sistema jurídico com possibilidade de punir os responsáveis por crimes contra a humanidade, bem como elaborou uma estrutura jurídica internacional para a proteção e efetivação da dignidade e direitos humanos. Sem tais instrumentos não haveria o que se comemorar, posto que as normas por si só são insuficientes para assegurarem respeito aos valores que lhes são intrínsecos.

O tratado que institui o TPI tem natureza centrífuga, ou seja, trata de ocorrências que ultrapassam os limites das jurisdições nacionais e regionais; dessa forma, ele retira o indivíduo de seu sistema jurídico estatal ou regional para levá-lo a uma corte com atuação universal ou global (MAZZUOLI, 2009).

Essa corte visa responsabilizar os causadores de grandes atrocidades contra a humanidade e não as instituições como os Estados ou das empresas (CASTRO, 2005). Portanto, quando um país ou uma organização cometerem um delito internacional como o crime de guerra, deve-se verificar quem são as pessoas físicas que representavam as referidas instituições e tiveram relação com os acontecimentos. A maior parte dos acusados deverá ser constituída, via de regra, pelos idealizadores dos delitos, ou seja, aqueles que os organizaram, planejaram ou incitaram (SCHABAS, 2000). Isso não isenta o comprometimento dos países, entretanto, deve-se buscar

sempre a responsabilização individual.

Assim, pode-se afirmar que a instituição do TPI pretendeu deixar claro que não mais seria admitido o tratamento cruel deferido aos indivíduos em decorrência da ação de alguns governantes. O caráter permanente dessa corte penal internacional atribuiu-lhe bastante credibilidade, apesar das críticas que ainda lhe são dirigidas e que não serão objeto de estudo nesse trabalho.

Considerações Finais

O fim da Segunda Guerra gerou um momento de intensa reflexão. A forma como os governos tratavam seus cidadãos, bem como a concepção de soberania e outros assuntos começaram a ser questionados, gerando-se significativas mudanças. Passou-se a exigir uma atuação mais ativa da sociedade internacional no sentido de intervir nos momentos em que a vida ou a dignidade humana estivessem em risco. As leis já não eram mais aceitas como fundamento apenas em si,

requerendo-se sua conformidade com os direitos humanos e com os princípios albergados pelas Cartas Magnas para serem tidas como válidas.

Assim, tem início uma nova fase do Constitucionalismo em que a Lei Maior torna-se o centro do ordenamento jurídico e seus dispositivos adquirem força normativa. Os referidos comandos podem ser justapostos de forma direta pelo Poder Judiciário, que ganha maior relevância frente ao Executivo e Legislativo e passa a aplicar, como regra geral, o método da ponderação em vez da subsunção. Dessa forma, cada caso passa a ser analisado com base nos preceitos constitucionais e, sempre que houver conflito entre princípios, o aplicador do direito deverá fazer uma ponderação com o fulcro de utilizar aqueles mais condizentes com a hipótese em causa. Os valores são incorporados às Constituições sob a roupagem de princípios e passam a servir de alicerce

para a reinterpretação dos dispositivos legais.

Embora sua origem possa ser visualizada desde meados do século XX, tendo como marco a Constituição de Bonn, o Neoconstitucionalismo ainda se encontra em processo de desenvolvimento e não sabemos exatamente todas as consequências que irá gerar. Contudo, ele parece apontar para a consolidação de um novo olhar sobre o direito e a sociedade, ao trazer para o primeiro uma função social e, assim, contribuir para a transformação desta última. O direito deixa de ser apenas um regulador das relações estabelecidas e passa a ser um agente transformador tendo por finalidade proteger a dignidade humana.

Entretanto, apesar de o ser humano ter adquirido o *status* de sujeito do Direito Internacional, o final do século XX e o início do século XXI foram marcados por acontecimentos muito preocupantes. O esfacelamento do regime soviético e as descolonizações na África fizeram emergir

rivalidades étnicas que se encontravam adormecidas. Os conflitos na Bósnia causaram um grande susto a todos, sobretudo à Europa, que se viu novamente confrontada perante uma situação belicosa numa região bastante sensível. Os atentados terroristas acarretaram inúmeras mortes e despertaram a atenção para a insatisfação de diversos grupos em relação às políticas adotadas pelos Estados Unidos da América e outros países. Todos esses fatos levaram a uma grande desilusão, pois não se imaginava que após a Segunda Guerra a vida e a dignidade humana ainda pudessem ser tão desrespeitadas.

Diante desses conflitos, bem como das transformações ocasionadas pelo Neoconstitucionalismo, a discussão acerca dos direitos humanos e da necessidade de sua proteção na esfera internacional ganhou fôlego. O Direito interno e o internacional iniciaram uma nova forma de relacionamento. A recepção dos tratados e convenções internacionais ganhou um

contorno diferente, de maneira que, em inúmeros ordenamentos jurídicos, tais instrumentos internacionais passaram a ser considerados como hierarquicamente superiores às leis internas no que tange às normas referentes aos direitos humanos.

Foi nesse contexto que se tornou viável a instituição de uma corte penal permanente para julgar os crimes que ferem a dignidade humana de forma violenta e cruel. Resta, portanto, a mensagem no sentido de que a sociedade internacional não está mais disposta a suportar os disparates conduzidos por governos ditatoriais contra suas próprias populações. A soberania não pode mais ser utilizada como um escudo para proteger todas as ações governamentais.

Pelo contrário, ganha um novo sentido, o de proteger os cidadãos em sua relação com os entes estatais e passa realmente a ser compreendida como de titularidade do povo.

As questões que antes eram tidas como de ordem eminentemente interna

ganham proteção do sistema jurídico internacional e passaram a ser de interesse geral sempre que disserem respeito à incolumidade física e mental dos seres humanos. Dessa forma, percebe-se que o Neoconstitucionalismo foi extremamente importante para o desenvolvimento da ideia de proteção das pessoas em quaisquer circunstâncias e espaços. A soberania deixou de servir como uma desculpa para impedir a intervenção em países que desrespeitam os direitos humanos e agridem cruelmente seus cidadãos. Assim, foi possível o surgimento e desenvolvimento das jurisdições internacionais como foi o caso mais recente do Tribunal Penal Internacional, cuja vigência teve início em 2002 e já causou bastantes discussões.

BIBLIOGRAFIA

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. In: Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE). Salvador:

Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, jan./fev./mar. de 2009. Disponível em: www.direitodoestado.com.br/rede.asp Acesso em 20 de agosto de 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho**. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2008.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 5ª ed. São Paulo: Renovar, 2001.

BRANDÃO, Cláudio, CAVALCANTI, Francisco & ADEODATO, João Maurício (Coordenadores). **Princípio da Legalidade. Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Reflexões: Política e Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vital.

Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador_ Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. **Direito constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1995.

AMBOS, Kai; CARVALHO, Saulo de. (orgs.). **O direito penal no Estatuto de Roma: leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórica. Isonomía** (Revista de Teoría y Filosofía del Derecho). N° 16. Alicante: 2002.

COVRE, Maria de Lourdes Manzini. **O que é cidadania?** São Paulo: Brasiliense, 1991.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

- DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- FACHIN, Melina Girardi. **Fundamentos dos direitos humanos. Teoria e prática na cultura da tolerância.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. **Razones Jurídicas del Pacifismo.** Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2004.
- FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones.** 5ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- GALINDO, Bruno. **Teoria Intercultural da Constituição. A transformação paradigmática da Teoria da Constituição diante da integração interestatal na União Europeia e no Mercosul.** Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2006.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto. **Introducción.** In: GARZÓN VALDÉS, Ernesto (Compilador). **Derecho y filosofía.** Barcelona: Editorial Alfa, 1985.
- GUASTINI, Riccardo. **La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano.** In: **Estudios de teoría constitucional.** III- Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). México: Fontamara, 2001.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado.** 3ª ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LAVROFF, Dmitri Georges. **“El Consejo Constitucional Francés y la Garantía de las Libertades Públicas”.** In: **Revista Española de Derecho Constitucional.** Vol. 1, Núm. 3, septiembre-diciembre 1981.
- LIMA, Renata Montovani de. & COSTA, Mariana Martins da. **Coleção para Entender: O Tribunal Penal Internacional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro.** 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

- MELO, Ronivalda de Andrade; BEZERRA, Ana Elisabete Tavares (org.). **Anais do seminário internacional ‘os desafios contemporâneos para os direitos humanos’**, 23 a 25 de fevereiro de 2005, Recife-PE. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 2005.
- PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**. Tradução de Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.
- REY CANTOR, Ernesto. **Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos**. Ciudad de México: Porrúa-IMDPC, 2008.
- SANCHÍS PRIETO, Luis. **Justicia Constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2000.
- SCHABAS, William A. Princípios gerais de direito penal. In: CHOUKR, Fauzi Hassan & AMBOS, Kai (Orgs.). **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- SEGURA ORTEGA, M. El iusnaturalismo racionalista: Thomasius y Wolff. In: FERNÁNDEZ GARCÍA, E.; PECES-BARBA, G. (org.). **Historia de los derechos fundamentales**. Tomo II. Siglo XVII, Vol. I: El contexto social y cultural de los derechos. Madrid: Dykinson/Universidad Carlos III, 2001.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: Mitos e equívocos acerca de uma distinção. In: Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais. Nº. 1. Belo Horizonte: p.607-631, jan./jun. 2003.
- TARQUAY, Eneida Orbage de Britto. **Tribunal Penal Internacional & A Emenda Constitucional 45/04 (Sistema Normativo Brasileiro)**. Curitiba: Juruá, 2008.
- TORRES DEL MORAL, Antonio. **Principios de derecho constitucional español**. 4a. ed. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1998.

ZIPELLIUS, Reinhold.

Teoria Geral do Estado.

Tradução de Karin Praefke-Aires. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

WALDRON, J. Theories of Rights. New York: Oxford University Press, 1984 [1947-1948].