



FUNDAMENTAÇÃO ALTERNATIVA DOS PRINCÍPIOS DE DIREITOS HUMANOS, DA CONSTITUIÇÃO E DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

AN ALTERNATIVE FOUNDATION OF HUMAN RIGHTS PRINCIPLES, CONSTITUTION AND INTERNATIONAL TREATIES

Ana Paula Barbosa-Fohrmann

Professora Adjunta Visitante da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, ministrando as disciplinas de Direito Constitucional na Graduação e Direitos Humanos na Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado); Professora Adjunta de Direito Constitucional e de Teoria Constitucional Contemporânea e Direitos Humanos do IBMEC/RJ; Pesquisadora Pós-Doutoranda pela Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg em conjunto com a Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Universität Augsburg, no âmbito do Edital Probal (CAPES-DAAD), no Projeto “A Dignidade do Homem no Século XXI”; Pós-Doutora e Doutora pela Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg na Alemanha; Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Lattes: lattes.cnpq.br/4012995260619181 E-mail: ap_cbarbosa@yahoo.de

Bernard Potsch Moura

Mestrando em Direito Internacional e Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado. Lattes: lattes.cnpq.br/7036881605273068 E-mail: bpotsch@gmail.com

Resumo

Este artigo trata da teoria de Carlos Santiago Nino. Seguidor do procedimento moral para legitimar os princípios de direitos humanos, seu modelo teórico se desenvolve em quatro etapas: discurso, princípios, direitos e instituições. Aqui, nós vamos nos deter, sobretudo, na fundamentação das três primeiras etapas. Nessa relação, será, ainda, analisado o papel desempenhado pelos princípios de direitos humanos, pela constituição e pelos tratados internacionais.

Palavras-chave: Fundamento. Princípios de direitos humanos. Constituição. Tratado internacional.

Abstract

This paper deals with the theory of Carlos Santiago Nino. A follower of

the moral procedure to legitimize the moral principles of human rights, his theoretical model develops in four stages: speech, principles, rights and institutions. In this article we will focus specially on the foundation of the first three stages. With regard to these, we will also consider the role played by human rights principles, constitution and international treaties.

Keywords: Foundation. Human rights principles. Constitution. International treaty.

A TEORIA MORAL DE DIREITOS HUMANOS DE CARLOS SANTIAGO NINO

O filósofo do Direito argentino Carlos Santiago Nino morreu em 1993 num acidente aéreo, com apenas 52 anos. Sua teoria, no entanto, permaneceu viva e se difundiu entre nós (BARBOSA, 2002a; 2002b, p. 51–96; 2007, p. 137–168; BARBOSA-FOHRMANN, 2010; p. 355-366; PEREIRA, 2002, p. 315-349; REIS, 2003; SILVA, 2007, p. 11-96; TORRES, 2003, p. 1-46). Nino foi Professor Visitante de Filosofia do Direito na Yale Law School e Professor de Filosofia do Direito e Direito Constitucional na Universidade de Buenos Aires. Imensamente influenciado pelo discurso moral de Immanuel Kant, sua teoria também remonta à John Rawls, Bruce Ackerman, Karl-Otto Apel e Jürgen Habermas. Seguidor do procedimento moral para legitimar os princípios de direitos humanos, seu modelo teórico se desenvolve em quatro etapas: discurso, princípios, direitos e instituições. Neste artigo, nós vamos nos deter, sobretudo, na relação de fundamentação das três primeiras etapas. Nessa relação, será, ainda, analisado o papel desempenhado pelos princípios de direitos humanos, pela constituição e pelos tratados internacionais.

1. A FUNDAMENTAÇÃO MORAL DOS PRINCÍPIOS DE DIREITOS HUMANOS

1.1 A ESTRUTURA DO DISCURSO MORAL

Os princípios morais não só fundamentam a ordem jurídico-constitucional, mas também são incorporados por ela. É esse o caso dos princípios de direitos humanos e, particularmente, da dignidade humana.

Os princípios de direitos humanos são moralmente caracterizados, pois se originam no discurso moral. O discurso moral pode ser, da seguinte forma, definido:

[...] constitui uma técnica para convergir certas condutas e determinadas atitudes [...] com base na coincidência de crenças em razões morais; essa convergência de ações e atitudes, que se pretende obter mediante a coincidência de crenças que a discussão moral tende a lograr, satisfaz, evidentemente, as funções de reduzir os conflitos e facilitar a cooperação (NINO, 1989b, p. 103).

De acordo com a definição de Nino, o discurso moral se estrutura com base em determinados elementos: consenso, autonomia, imparcialidade, verdade e democracia. Opera por meio de princípios de conduta, que são públicos, gerais, supervenientes e universais.

1.1.1 LIBERDADE DE ARGUMENTAÇÃO

A autonomia pressupõe que os indivíduos possam, no discurso, argumentar livremente, sem submissão a qualquer forma de autoridade que ameace, manipule ou proíba a livre expressão da sua vontade.¹

1.1.2 CONSENSO

O consenso ocorre através da convergência de ações e atitudes individuais e da livre aceitação por parte dos indivíduos de princípios que orientem suas ações e atitudes ante as ações de outros.

1.1.3 IMPARCIALIDADE

O discurso moral também deve ser imparcial. A imparcialidade é um pressuposto fundamental da “nossa concepção de mundo e de nós mesmos” e considera “cada interesse por seus próprios méritos e não levando em conta a pessoa que em quem se origina” (NINO, 1989b, p. 117).²

1.1.4 VERDADE MORAL

Por fim, o discurso moral deve ser verdadeiro. Um juízo é verdadeiro, quando os demais elementos do discurso moral estão presentes e são plenamente aceitos no momento do proferimento desse juízo. Isso quer dizer, a verdade moral se apresenta, quando um princípio moral é aceito como uma razão final e universal e se compatibiliza com o consentimento de pessoas racionais, imparciais e informadas (NINO, 1989b, p. 117).

1.2 PRINCÍPIOS DE CONDUTA RESULTANTES DO DISCURSO MORAL

O consenso produzido a partir da livre convergência de ações e atitudes leva os

¹ Sobre o significado de liberdade no discurso moral, comenta Robert Alexy: “De qualquer forma, é claro que a liberdade no discurso não é apenas uma liberdade em relação à coação externa, mas também uma liberdade de juízo” (1997, p. 190).

² Cp. crítica de ALEXY (1997, p. 191).

³ A diferença entre princípio geral e superveniente, em Nino, não é clara. Isso porque generalidade e superveniência são dois conceitos que se referem às circunstâncias fáticas de um princípio de conduta. A fim de proporcionar maior precisão aos dois termos, R. Alexy complementa, através da seguinte explicação, esses dois elementos do discurso moral de Nino: “A superveniência refere-se, como a generalidade, à maneira como os princípios são formulados. De acordo com Hare, expressões normativas, como “bom” (gut) e “se deve” (gesollt) são supervenientes, porque a sua aplicação depende de predicados empíricos. Quando se ordena a ação h1, mas se proíbe a ação h2, então deve existir uma distinção fática entre h1 e h2, que justifique a classificação normativa. Não se pode dizer: ‘h1 está em todos os aspectos exatamente em conformidade com h2, a não ser no caso em que h1 é ordenada e h2 é proibida.’ A superveniência acopla o discurso moral a razões empíricas. Nino refere-se a um aspecto substancial dessa idéia, quando ele exige, que os princípios morais devem partir de características fáticas ou empíricas constatáveis para qualquer um. Normas opacas, como ‘O que é ruim, é proibido’, estão, com isso, excluídas.” (1997, p. 190-191).

indivíduos a orientar seus comportamentos de acordo com ele. Para tanto, faz-se necessário que os pautem sobre determinados princípios de conduta. Esses princípios devem ser públicos, gerais, supervenientes e universais. São públicos, pois todos membros da sociedade devem conhecer esses princípios. São gerais, pois as propriedades e relações genéricas que determinam casos relevantes devem ter conteúdo fático, de tal forma que as circunstâncias do caso, que conduzem à sua própria solução, sejam acessíveis a todos. Os princípios são supervenientes, pois decorrem das circunstâncias de fato. Por fim, devem ser universais. Admite-se que alguém possa justificar suas ações e atitudes com base em um certo princípio aplicável ao caso, então qualquer potencial participante do discurso moral também pode justificar suas ações e atitudes com base no mesmo princípio. Isso porque a justificação de suas ações e atitudes, com base em um determinado princípio aplicável ao caso concreto, não se diferencia, em relação às suas propriedades essenciais, de outra justificação, em que o mesmo princípio é empregado (NINO, 1989b 2, p. 110-111).

Esses princípios de conduta, que tornam o discurso moral operante, são, em verdade, princípios morais. Baseiam-se em razões que justificam determinadas ações e condutas. Isso significa que esses princípios são hierarquicamente superior a outros princípios, pois oferecem as razões finais para a solução de determinado caso. Nenhuma razão de outra índole prevalece sobre elas, quando são aplicadas (NINO, 1989b, p. 111).

1.3 A APROXIMAÇÃO ENTRE DISCURSO IDEAL E DISCURSO REAL E O ARGUMENTO DA DEMOCRACIA

Nino justifica a democracia no discurso moral. O seu ponto de partida reside na diferença entre discurso ideal e discurso real. Sustenta essa possibilidade com base na sua teoria do construtivismo epistemológico (NINO, 1989b, p. 389).

Essa teoria contém três argumentações fundamentais: 1) a discussão é um bom método para se alcançar a verdade moral; 2) a necessidade de comunicação no discurso real; 3) a tese da falha (NINO, 1989b, p. 390).

A primeira argumentação consiste em que o discurso real objetiva, na medida do possível, que as regras do discurso ideal sejam instituídas, a fim de que o discurso real se aproxime o mais possível do discurso ideal. Pode-se, então, afirmar que o discurso real contém uma forte suposição de verdade.

A segunda argumentação afirma que dois participantes do discurso real comunicam seus interesses, que não podem se basear somente nos interesses de ambos e negligenciar os dos demais, discutem-nos e os negociam com outros participantes, a fim de convencê-los sobre a sua proposta. Dessa forma, o discurso real se aproxima do discurso ideal, na medida que o procedimento de discussão e negociação objetiva soluções que advêm de um procedimento discursivo imparcial, o qual exclui a utilização da força e de formas de persuasão, como o engano ou a confusão deliberada de um dos participantes.

A terceira argumentação se baseia no fato de que, no discurso real, o consenso pode não ocorrer, pois o que se almeja, no discurso real, é a solução de conflitos e, não, necessariamente um consenso, como no discurso ideal (ALEXY, 1997, p. 215). É por

isso que, no discurso real, que ocorre em regimes democráticos, a regra do consenso foi substituída pela regra da maioria (NINO, 1989b, p. 391)⁴.

No comentário de Alexy, a regra da maioria de Nino pode, em si, ser considerada discursiva. Para se justificar isso, há uma razão de ordem estrutural e outra de conteúdo. Explica Alexy:

O argumento estrutural diz que a concorrência pela maioria justifica, na democracia, um forte estímulo para que se convencer tantos cidadãos quanto possível através de argumentos da correção das próprias concepções [...]. Neste ponto, a democracia é essencialmente discursiva. O argumento do conteúdo diz que a luta pelo consenso e a necessidade de compromissos permitem que “em geral as decisões democráticas sejam mais imparciais e conseqüentemente mais corretas do que a decisão de um indivíduo ou de uma minoria fora do processo democrático” (ALEXY, 1997, p. 215).

1.4 A RELAÇÃO ENTRE CONSTITUIÇÃO, DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

O discurso moral ideal e real se apresentam de novo como forma de justificação dos direitos fundamentais e da democracia. Em Nino, isso se traduz através da dialética existente entre a constituição Ideal (de direitos e democrática) e a constituição Real (que reflete a dimensão histórica do constitucionalismo).

A racionalidade, a autonomia dos indivíduos e o consenso entre eles, pressupostos do discurso moral ideal, condicionam a futura distribuição de direitos e obrigações prevista no contrato social e, conseqüentemente, a obrigação de respeitar suas normas e princípios morais, que são essenciais para a formação de uma futura sociedade constitucional democrática.

Os princípios morais (autonomia, inviolabilidade da pessoa física e dignidade humana) ingressam na constituição, a qual se fundamenta no discurso moral e nos princípios que dele derivam. Os princípios morais não só legitimam a constituição, mas também o próprio sistema de direitos.

Ao examinar as constituições existentes (real) e a constituição de direitos (ideal), Nino percebe que há um conflito entre os direitos reconhecidos como pertencentes à dimensão democrática e liberal do constitucionalismo (discurso ideal) e os resultados (discurso real) dos procedimentos democráticos, que constituem, a dimensão participativa do constitucionalismo. Para Nino, esse conflito é superado com base no raciocínio prático que leva à justificação de ações e decisões. Esse raciocínio prático ocorre no campo da democracia deliberativa e da relação que ela mantém com os direitos fundamentais e a constituição histórica (NINO, 1997, p. 27).

A relação que ocorre entre princípios e direitos morais com a constituição e democracia reside em que: 1) os princípios morais estabelecem os direitos morais fundamentais e 2) justificam o raciocínio prático; 3) à luz do raciocínio prático, legitima-

⁴ Mas seria melhor afirmar que a regra da maioria é um critério para se alcançar o consenso em uma sociedade pluralista. A condição (a solução dos conflitos sociais) e o critério (regra da maioria) direcionam-se para um fim (consenso). Essa é uma solução procedural dos conflitos sociais e do problema de justificação da democracia no discurso ideal.

se a constituição histórica; 4) o reconhecimento dos direitos morais fundamentais estabelece o alcance do processo democrático e 5) afeta “a forma, segundo a qual a constituição histórica atua como um contrapeso para o processo democrático” (NINO, 1997, p. 70-71).

Os direitos morais fundamentais resultam da prática social do discurso moral e de seus princípios morais. Não são, portanto, um reflexo do processo democrático. Em verdade, é a democracia que se justifica com base nesses direitos. E a razão é clara: são esses direitos que determinam qual é o grau de amplitude das deliberações democráticas, quando, por exemplo, elas tenham como objetivo negar esses direitos. Nesse caso, os direitos morais podem limitar as decisões democráticas e atuam como um contrapeso das mesmas. Como exemplo, o processo democrático poderia negar o princípio da inviolabilidade da pessoa e o direito correspondente quando permitisse a escravidão. Isso não pode ocorrer, pois esse direito, ao anteceder a decisão que o negou e ter preponderância sobre ela, acaba por invalidá-la. É nesse sentido que Nino afirma: “...o reconhecimento dos direitos que emergem de nossos princípios fundamentais invalidariam *ipso facto* estas decisões” (NINO, 1997, p. 95).

2. A MORAL COMO FUNDAMENTO DA CONSTITUIÇÃO E DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

Nino estabelece uma simbiose entre a Constituição real (histórica) e a Constituição ideal (democrática e de direitos), a fim de demonstrar que a moral fundamenta a Constituição. Para tanto, utiliza o exemplo dos tratados internacionais e a relação que mantêm com a Constituição.

Revela que a Constituição histórica,⁵ seja vista como uma descrição da prática social atual, seja entendida como uma prescrição da prática social futura, vem sendo, ao longo do tempo, continuamente criticada em virtude de lhe ser atribuído alto grau de indeterminação e superfluidade que não oferecem consistência de justificação para as ações legislativas e judiciais. Para atestar o porquê de o argumento da superfluidade do Texto Constitucional ser considerado falho no tocante ao raciocínio prático, Nino examina, então, um problema central que surge entre os constitucionalistas, qual seja, o da validade dos tratados internacionais que entram em conflito com Constituições nacionais.

Em extensa análise sobre os possíveis critérios para distinção dos sistemas jurídicos, o autor aborda e critica as teorias desenvolvidas ao longo da história, de modo a formular sua própria teoria, que influenciará suas conclusões quanto à prevalência do monismo ou do dualismo e da relação entre o direito internacional e o interno, em especial dos tratados com as constituições nacionais.

De início, Nino trata do critério territorial, segundo o qual os sistemas jurídicos se distinguiriam de acordo com seu âmbito de aplicação. Assim, os direitos aplicáveis em certo território constituiriam o sistema jurídico daquele local geográfico. A título

⁵ A Constituição histórica é: “...o documento criado na fundação constitucional e interpretado através da história do país (NINO, 1997, p. 30).

exemplificativo, diríamos que as normas aplicáveis no território brasileiro constituiriam o sistema jurídico brasileiro.

Observa, contudo, Nino que tal construção deriva de um raciocínio circular, tendo em vista que o conceito de território não é geográfico, e sim jurídico, baseado na extensão da soberania estatal.

Prossegue o autor com o estudo do critério aduzido por John Austin, segundo o qual pertenceriam a um sistema jurídico todas as normas emanadas de um mesmo legislador. Cumpre ressaltar que se distinguiria o legislador soberano – que se impõe sobre uma comunidade sem estar submetido a quaisquer restrições – e o legislador derivado, que extrairia seu poder da autorização do soberano.

A principal crítica traçada a esse sistema é sua não sustentabilidade no tempo, visto que a mudança do legislador soberano implicaria necessariamente na mudança do sistema jurídico, ainda que fosse formado pelas mesmas normas.

Em seguida, Nino explora o critério da norma fundamental, desenvolvido por Hans Kelsen, que desenvolve em sua teoria pura do direito a ideia que cada norma baseia sua validade na norma imediatamente superior e, dessa forma, está a esta intrinsecamente conectada, constituindo um mesmo sistema jurídico.

Nino traça duas críticas à teoria. A primeira é que essa dependeria de um conjunto infinito de normas, que extrairiam sua validade uma da outra, algo que não se demonstra na realidade. A segunda é que, diante da indefinição da norma fundamental, precisaríamos delimitar o sistema jurídico para apenas então formular norma jurídica que o valide, não prestando à individualização dos sistemas.

Prossegue Nino com o critério da regra de reconhecimento adotado por Herbert Hart. Esse se diferencia da teoria kelseniana ao estabelecer que a regra de reconhecimento seria uma norma positiva, uma prática social que valida as demais normas. Tendo como único objetivo determinar quando as demais normas são válidas, não caberia discutir a validade da própria regra de reconhecimento.

Contudo, assim como a norma fundamental de Kelsen – ao menos em seu primeiro momento –, a regra de reconhecimento não possui uma definição precisa, podendo inclusive se admitir a existência de regras de reconhecimento distintas para normas de fontes distintas, o que impossibilitaria por completo sua utilização para a identificação de sistemas jurídicos, onde normas advêm de diversas fontes. Ademais, não seria essa teoria capaz de explicar a existência de princípios jurídicos, que não derivam sua aplicabilidade de sua fonte, mas de seu conteúdo, que se considera justo.

Por último, Nino trata do critério de reconhecimento da norma pelos órgãos primários de aplicação normativa, esses entendidos como os juízes, em sentido amplo. Ou seja, constituem as normas de um sistema jurídico aquelas reconhecidas pelos órgãos julgadores daquele sistema, em um sistema de reconhecimento com bases jurisprudenciais.

O autor aponta três deficiências principais dessa teoria. A primeira: O que outorga poder julgador a esses órgãos? As normas que eles mesmos reconhecem, em um círculo vicioso? A segunda: Como identificar tais órgãos como pertencentes a um sistema jurídico? Por meio do reconhecimento dessa condição por si mesmos? E a terceira: Como determinar que um órgão reconheceu uma norma jurídica? Bastaria que a norma não contrariasse os julgamentos desse para que fosse considerada

reconhecida?

Diante de tais perplexidades, Nino reconhece não serem esses critérios adequados à individualização dos sistemas jurídicos e à outorga de validade às suas normas. Mas por quais motivos as conclusões do autor quanto à inadequação dessas teorias se imbrica com nosso objeto de estudo?

O primeiro ponto de contato é a base teórica da interação entre os ordenamentos jurídicos ditos interno e internacional, quais sejam, as teorias dualista e monista. Essas estabelecem a existência de um sistema jurídico internacional distinto daqueles nacionais ou a existência de um único sistema jurídico, seja com a primazia do direito interno, do direito internacional ou sem que haja primazia. Dessa forma, essas dependem da adoção de critérios de individualização dos sistemas jurídicos.

O segundo ponto de contato refere-se a uma questão mais específica. No âmbito do conflito entre tratado e constituição, seria possível reconhecer a prevalência da constituição, alegando que essa prevê sua própria primazia, como sustenta a maioria da doutrina brasileira? Em sentido oposto, seria possível estabelecer a primazia do tratado com base nos termos do próprio tratado? Ou de outro tratado que lhe dê força, tal como a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados?

A partir das críticas traçadas por Nino, podemos observar que ele não considera tolerável ou sustentável que uma norma extraia sua validade de si própria, repudiando as teorias que julga atingirem círculos viciosos. Em suas próprias palavras, “[I]as reglas que sostiene su propia validez y prevalencia sobre otras reglas son absolutamente vacías, desde que ellas son autorreferentes” (NINO, 1997, p. 43).

De igual modo, considera inteiramente inadequado extrair a validade das normas - e individualizar sistemas jurídicos - através de preceitos abstratos e indefinidos, que dependem de conjecturas puramente teóricas, tais como a teoria da norma fundamental e da regra de reconhecimento.

Portanto, de onde extrairíamos os critérios de existência e validade dos sistemas jurídicos e de suas normas? De modo a solucionar essa questão, Nino buscou elementos externos às normas e formulou proposta que determinasse não só a existência como a validade e a identidade de um sistema jurídico.

Quanto ao primeiro ponto de contato - a fundamentação das teorias dualista e monista -, formulou três perguntas a serem respondidas: O que seria um sistema jurídico, quando esse existiria e como esse se distinguiria dos demais?

Quanto à primeira pergunta, responde da seguinte forma:

Un sistema jurídico es un sistema normativo que estipula, entre otras cosas, en qué condiciones el uso de la fuerza está prohibido y permitido y que estatuye órganos centralizados que aplican las normas del sistema a casos particulares (estando generalmente obligados a hacerlo), disponiendo la ejecución de las medidas coactivas que el sistema autoriza, a través del monopolio de la fuerza estatal (NINO, 2003, p. 141).

Definido o que seria um sistema jurídico, insta definir quando ele existe. A princípio, imperioso salientar que, ao contrário do que ocorre com as normas jurídicas, a existência de um sistema jurídico se identifica com sua vigência. Nos termos trazidos por Nino:

Un orden jurídico existe cuando sus normas primitivas o no derivadas son generalmente observadas por sus destinatários y aceptadas efetivamente en sus decisiones por los órganos que tienen la posibilidad fáctica de poner en movimiento el monopolio de la fuerza estatal para ejecutar las medidas coactivas que el sistema autoriza (NINO, 2003, p. 141).

Finalmente, sendo possível a verificação da existência dos sistemas jurídicos, torna-se possível a sua individualização. E novamente recorreremos ao modo descrito por Nino para distinguir os sistemas jurídicos:

Un orden jurídico se distingue de otros por el hecho de que sus normas son directa o indirectamente reconocidas por órganos que recurren, para ejecutar las medidas coactivas que disponen, a una organización de fuerza independiente de la que emplean los órganos primários de otros sistemas (NINO, 2003, p. 141).

Feitas essas considerações, podemos atingir uma conclusão quanto à opinião do autor no que toca à interação entre os ordenamentos jurídicos interno e internacional.

Primeiramente, quanto ao monismo clássico – relembrando tratar-se este daquele em que se sustenta a existência de um único sistema jurídico e a primazia do direito internacional – Nino salienta que se baseia em uma premissa errônea, qual seja, a ideia que a coincidência entre a regra de reconhecimento de um sistema jurídico e a norma positiva de outro torna o primeiro inserto no segundo.

Em outras palavras, o monismo clássico partiria do pressuposto que, haja vista que o princípio da efetividade – segundo o qual se deve reconhecer todo regime que durante um tempo razoável exerça o controle coativo sobre certo território – constitui norma positiva de direito internacional e regra de reconhecimento do direito interno, o último estaria contido no primeiro. E tal pressuposto restaria incorreto.

De modo a ilustrar essa questão, o teórico sugere que, assim o fosse, bastaria que a constituição argentina reconhecesse positivamente o princípio da efetividade para que todos os demais sistemas jurídicos compusessem o sistema jurídico argentino. O fato de a norma ser considerada originária – e não derivada de qualquer outra – por si só a tornaria a base de um sistema jurídico diferente. Ainda que haja norma externa que a autorize.

Já quanto ao monismo com primazia do direito interno, reconhece o autor ser a coletividade dos Estados a criadora das normas de direito internacional, sejam consuetudinárias ou contratuais. O reconhecimento ou não pelos Estados em particular dessas normas não afeta, contudo, sua vigência, de modo que continuam sua existência e permanecem constituindo sistema jurídico independente.

Em conclusão, Nino considera o direito internacional e os direitos nacionais como sistemas jurídicos independentes, por serem distintos os conjuntos de normas reconhecidas como soberanas em cada um - *pacta sunt servada* no direito internacional e regras de reconhecimento no direito interno - e em que se baseiam as demais normas do sistema.

Quanto ao segundo ponto de contato – a interação entre tratado e constituições e seus fundamentos de validade –, retornemos aos comentários de Nino às teorias de Hans Kelsen e Herbert Hart. Considera que ambas pecam por motivos semelhantes –

derivam a validade dos sistemas jurídicos de norma ou regra fundamental que se justificam em si mesmas, sem que haja a necessidade de elementos que as sustentem ou, ao menos, sem identificar quais seriam tais elementos.

Nesse quadro, Nino constrói teoria que extrai a validade dos sistemas jurídicos de princípios básicos e fundamentos supraconstitucionais. Esta é a teoria do discurso elaborada pelo autor, inspirada por diversos outros que o precederam, tais como Emmanuel Kant e John Rawls, como tratado no início desta análise.

Servirá, portanto, como sustentáculo das normas jurídicas primárias – que, por sua vez, transporão sua validade às demais normas do sistema jurídico – o resultado de um discurso jurídico que, segundo este mesmo define, “está dirigido a obtener una convergencia en acciones y actitudes, a través de la aceptación libre por parte de los individuos, de principios para guiar sus acciones y sus actitudes frente a las acciones de los otros” (NINO, 1989b, p. 71).

De forma a que os princípios morais derivados desse discurso sejam aceitáveis, estabelece o autor que devam preencher alguns requisitos. Como examinado anteriormente, são eles: a publicidade, a generalidade, universalidade e a superveniência.

Utilizando-se da teoria do discurso e limitando-se pelos já mencionados requisitos, atinge o autor a formulação de três princípios básicos, que serão examinados com detalhe na próxima seção, mas que já podemos identificar como sendo os seguintes princípios de direitos humanos: autonomia, inviolabilidade e dignidade humana.

São desses princípios morais básicos que Nino extrai a validade do direito interno e do direito internacional. A partir do momento que tais normas garantissem o respeito a tais princípios, extrairiam dos mesmos sua validade e, em consequência, sua aceitabilidade social.

Retornemos ao conceito de sistema jurídico. Podemos observar que, além da utilização de poder coercitivo, a existência e validade de um sistema jurídico extraem-se da aceitabilidade de suas normas por seus destinatários. E essa aceitabilidade derivará precisamente da observância dos princípios morais derivados de sua ética do discurso.

Assim é que a existência e a validade dos sistemas jurídicos e de suas normas derivam essencialmente dos princípios morais traçados por Nino, que, conforme já podemos observar, aproximam-se sobremaneira de direitos humanos básicos. Dessa forma, vemos em Carlos Santiago Nino uma proposta de leitura alternativa da questão da interação dos direitos interno e internacional, condizente com a crescente importância que os direitos humanos atingem no nível global.

3. A FUNDAMENTAÇÃO MORAL DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

3.1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E O VALOR DA VONTADE (CONSENTIMENTO) DO DISCURSO MORAL

Em Nino, o princípio da dignidade da pessoa prescreve que todos os homens

devem ser tratados em conformidade com suas decisões, intenções ou manifestações de consentimento.

Ao adotarmos esse princípio e não termos justificção para adotar outros que prevejam outras características dos indivíduos, como a cor da sua pele ou seu grau de inteligência, estabelecemos um direcionamento moral para a sociedade, que, por sua vez, é um elemento fundamental da concepção liberal da sociedade. Esse princípio torna ilegítimas instituições ou medidas que estabeleçam discriminação entre os homens com base em fatores, como os efeitos da distribuição de recursos ou concessão de penas, que não estejam sujeitos às suas vontades individuais.

De acordo com uma concepção liberal da sociedade, o princípio da dignidade da pessoa pode, também, ser estendido para abranger as crenças e opiniões das pessoas. Isso porque extraímos da crença ou opinião de um indivíduo a sua decisão ou o seu consentimento. Por esse motivo, deve-se levá-las a sério. A maneira de levar a sério as crenças e opiniões das pessoas é fazendo com que sejam compatíveis com outras crenças do mesmo indivíduo e de outros, o que implica promover a adoção, mudança ou abandono de crenças, não, por exemplo, por meio de modificações da realidade, para que essa se amolde a tais crenças ou mediante manipulações no cérebro humano, mas, sim, oferecendo argumentos e provas em seu favor ou não, ou seja, examinando os fatores que o indivíduo levou em conta para a formação da crença.

Nino indaga, contudo: “Qual é o significado de levar a sério as decisões ou o consentimento de um indivíduo?” (NINO, 1989b, p. 289). Responde, afirmando que uma decisão ou manifestação de consentimento não se identifica com desejos ou preferências de um indivíduo, embora sejam questões que se interrelacionem. Isso porque se produz uma espécie de hiato entre os desejos do indivíduo e sua decisão de atuar em conformidade com os mesmos. É isso que leva o indivíduo a manter certa independência a respeito de seus próprios desejos e é o que o torna responsável por eles. Somente quando decide agir intencionalmente, o indivíduo estabelece o equilíbrio final entre seus desejos. Com isso, pode-se afirmar que respeitar a vontade de alguém não significa o mesmo que satisfazer os seus desejos. Para Nino, respeitar a vontade individual consiste fundamentalmente em permitir que a pessoa assuma ou suporte as conseqüências de suas decisões no decurso da vida (NINO, 1989b, p. 290). Com base nas suas decisões, terá a possibilidade (diferentemente das crenças) de transformar a realidade, desde que haja um consenso entre as suas decisões e as decisões dos demais.

O princípio da dignidade humana se baseia num aspecto central do discurso moral, que é a expressão da vontade individual, a qual tem, nesse discurso, um valor significativo. Esclarece Nino: “[...] não a vemos como um objeto de manipulação, senão como algo que tem valor em si mesmo para obrigar o indivíduo” (NINO, 1989b, p. 299).

Além disso, o princípio da dignidade humana (assim como os demais princípios morais) se apóia em outros aspectos estruturais do discurso moral, visto que, ao respeitar as decisões livremente tomadas, ao escutar as razões dos demais, ao tratar de refutar seus argumentos com outros, ao procurar conciliar suas ações e atitudes, com estribo em uma aceitação voluntária dos mesmos princípios de conduta, os indivíduos acabam por agir moralmente.

3.2 A RELAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E OS DEMAIS PRINCÍPIOS MORAIS DE DIREITOS HUMANOS

Em Nino, a relação entre o princípio da autonomia e o da dignidade humana é ambígua. Por um lado, o princípio da autonomia conduz ao da dignidade, pois se pode afirmar que o que torna as decisões individuais moralmente relevantes é que sua concretização é parte de um plano de vida, cuja satisfação o primeiro princípio julga imperiosa. Por outro lado, pode-se dizer que é o princípio da dignidade que conduz ao da autonomia, já que o valor da escolha de planos de vida por parte dos indivíduos implica existir, pelo menos, um tipo de decisão que possa e deva ser atribuída a esses indivíduos e que deva ser tomada com seriedade. Além disso, o princípio da dignidade prevalece sobre o da autonomia quando justifica restrições voluntárias ou consentidas a essa autonomia.

Existem outros aspectos importantes que merecem ser destacados não só na relação que o princípio da dignidade mantém com o princípio da autonomia, mas também na sua relação com o princípio da inviolabilidade. Entre esses aspectos, encontra-se a questão do alcance do consentimento individual.

Não se infringe, por exemplo, o princípio da inviolabilidade quando um dano ou sacrifício foi desejado ou consentido pelo indivíduo que a ele se submete. Isso é possível, desde que a vontade do indivíduo prejudicado não seja considerada como mero meio ou instrumento para o benefício de outros.

Mas porque um indivíduo iria escolher sofrer um dano ou em consentir a se sujeitar a um sacrifício? Para Nino, a resposta decorre do princípio da autonomia. Considera óbvio que, na busca pela concretização de seus planos de vida, os indivíduos entrem em conflito, sendo o consentimento uma das formas de resolvê-lo. Isso porque o consentimento leva os indivíduos a transacionar com outros indivíduos com base num conjunto de princípios e normas jurídicas, de direitos e obrigações, que prescrevem como ambos devem agir.

Cada princípio moral desempenha, então, um determinado papel nesse ato de harmonização das decisões individuais. Explica Nino:

[...] assim como o princípio da inviolabilidade estabelece a função dos direitos e o princípio da autonomia (e o hedonista) seu conteúdo, o princípio da dignidade é o que está subjacente à dinâmica de tais direitos porque é ele que fundamenta a possibilidade de seus beneficiários de operar com eles, renunciando a algumas das vantagens a que teriam direito em lugar de outras, na busca de seus diferentes fins (NINO, 1989b, p. 293)

O sistema jurídico desestimula certos desejos que visem a usar os outros como meros meios para satisfazer os seus próprios planos de vida e atribui conseqüências normativas, caso esses desejos venham a se materializar. A execução voluntária desses desejos gera o direito jurídico de um à restrição de outro e a obrigação jurídica desse em respeitar a ampliação da esfera de ação do primeiro. Portanto, a designação de conseqüências normativas a diferentes atos altera o maior ou menor desejo individual e é um meio para obter a harmonização das decisões entre os indivíduos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nino, por influência, sobretudo, de Kant, Rawls e Habermas, segue um procedimento moral básico em sua tentativa de fundamentar não apenas a constituição, mas também os tratados internacionais e os princípios de direitos humanos que em ambos ingressam.

Em seu procedimento, como vimos, os elementos do discurso moral (argumentação livre, consenso, imparcialidade e verdade moral) levam à formação de princípios de conduta públicos, gerais, supervenientes e universais, que se traduzem em três outros princípios morais de direitos humanos: autonomia, inviolabilidade da pessoa física e dignidade humana. Tais princípios de direitos humanos são os que, em verdade, fundamentam as constituições liberais e democráticas.

Da mesma forma, os tratados internacionais, ao incorporarem os mesmos princípios, acabam por encontrar neles sua legitimação e uma base metajurídica para a solução de conflitos entre o direito interno e o direito internacional, a qual, muitas vezes, como analisado, não se resolve no âmbito estrito e puro da norma.

A esses princípios morais de direitos humanos corresponde ainda um rol de direitos morais fundamentais. A relação estabelecida entre direitos fundamentais e democracia é que os direitos fundamentais podem determinar o grau de amplitude das deliberações democráticas e até limitá-las, quando elas buscarem restringi-los.

Por fim, mais uma vez sobre o princípio da dignidade humana, em Nino, esse é um princípio moral que prescreve que todos os homens devem ser tratados em conformidade com suas decisões, intenções ou manifestações de consentimento. Segundo o filósofo, a legitimação do princípio da dignidade humana pode, por um lado, decorrer do princípio da autonomia. Mas, por outro lado, o princípio da dignidade pode fundamentar o princípio da autonomia. A relação (de precedência) entre esses dois princípios não se mostra, a nosso ver, completamente clara em sua teoria.

5. BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. Carlos Santiago Ninos Begründung der Menschenrechte. In: ZIEMSKE, B.; LANGHEID, T.; WILMS, H.; HAVERKATE, G. (eds.). **Staatsphilosophie und Rechtspolitik. Festschrift für Martin Kriele zum 65. Geburtstag**. München: C. H. Beck'sche, 1997.

BARBOSA, Ana Paula Costa. **A Legitimação dos Princípios Constitucionais Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002a.

_____. A Fundamentação do Princípio da Dignidade Humana. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Renovar: Rio de Janeiro 2002b, p. 51-96.

_____. A Legitimação Moral da Dignidade Humana e dos Princípios de Direitos Humanos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Renovar: Rio de Janeiro. 2ª ed. Rio de Janeiro 2007, p. 137-168.

BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula. Mercosul e direitos humanos no quadro do conflito entre a Constituição brasileira e os tratados internacionais. **Estudios Constitucionales**, Ano 8, N. 1, 2010, p. 355-366.

KELSEN, Hans. **Principles of International Law**. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2003.

NINO, Carlos Santiago. **El constructivismo ético**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989a.

____. **Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación.** Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma, 1989b.

____. La constitución como convención. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales.** Madrid, 1990, n. 6, p. 189-217.

____. **La constitución de la democracia deliberativa.** Barcelona: Gedisa Editorial, 1997.

____. **Introducción al análisis del derecho,** 2ª ed. ampl. e rev. Buenos Aires: Astrea, 2003.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Princípios Morais e Direitos Humanos na Obra de Carlos Santiago Nino. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos Direitos Humanos.** Renovar: Rio de Janeiro 2002, p. 315–349.

REIS, José Carlos Vasconcellos dos Reis. **As Normas Constitucionais Programáticas e o Controle do Estado.** Renovar: Rio de Janeiro 2003.

SILVA, Alexandre Garrido. Direitos Humanos, Constituição e Discurso de Legitimação: Possibilidades e Limites da Teoria do Discurso. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos Direitos Humanos.** 2ª ed. Renovar: Rio de Janeiro 2007, p. 11-96.

TORRES, Ricardo Lobo. A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado.** Renovar: Rio de Janeiro, 2003, p. 1-46.

Recebido em 13.07.2012
Aprovado em 16.10.2012