

ALYSSON MAIA FONTENELE

Incorporação e aplicabilidade dos tratados internacionais sobre Direitos Humanos no direito brasileiro à luz dos §§2º e 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Florianópolis
2007

ALYSSON MAIA FONTENELE

Incorporação e aplicabilidade dos tratados internacionais sobre Direitos Humanos no direito brasileiro à luz dos §§2º e 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.
Área de Concentração: Relações Internacionais

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Cecília Caballero Lois

Florianópolis, novembro de 2007

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
TURMA ESPECIAL: MINTER UFSC/UFAC

**Incorporação e aplicabilidade dos tratados internacionais sobre Direitos
Humanos no direito brasileiro à luz dos §§2º e 3º do art. 5º da Constituição da
República Federativa do Brasil de 1988.**

ALYSSON MAIA FONTENELE

Prof^a. Dr^a. Cecília Caballero Lois –Universidade Federal de Santa Catarina -
Orientadora

Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer
Coordenador CPGD/UFSC

Florianópolis, novembro de 2007.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
TURMA ESPECIAL: MINTER UFSC/UFAC

A Dissertação intitulada **Incorporação e aplicabilidade dos tratados internacionais sobre Direitos Humanos no direito brasileiro à luz dos §§2º e 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de autoria do Mestrando Alysson Maia Fontenele, foi julgada adequada para a obtenção do grau de MESTRE EM DIREITO, tendo sido apresentada à banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

Profª. Drª. Cecília Caballero Lois –Universidade Federal de Santa Catarina -
Orientadora

Prof. Dr. Sílvio Dobrowolski
Membro

Prof. Dr. Argemiro Cardoso Moreira Martins
Membro

Florianópolis, novembro de 2007.

Dedico este trabalho à minha mãe, Eurídice, pelo sonho vivido desde sempre comigo de me formar mestre, e também à minha filha Ana Clara, pela luz que irradia sobre mim a cada novo dia da minha existência.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Alissandra, pelo inestimável apoio, companheirismo, compreensão, amor e torcida para que este sonho pudesse se concretizar.

Agradeço ao meu pai, Pedro, que mesmo distante certamente se orgulha deste filho também tão ausente.

Aos amigos de todas as horas, Márcio Saturnino, Karoline Brasil, Sérgio Amaral, Augusto Savino, Márcio Salles e Ilaine Pagliarini, pelos debates jurídicos (e também pelos nem tão jurídicos), e, em especial, ao amigo Marijone Pinheiro, pelo apoio na correção ortográfica e pela força nas horas em que tudo parecia mais difícil, com o seu simples “vai dar tudo certo”.

Agradeço a Mara e ao Gustavo, ambos de Belo Horizonte, pelo carinho, apoio e ajuda na correção das citações.

Agradeço ao ex-colega da Universidade Federal do Acre, Professor Edson Ferreira Carvalho, pela ajuda na escolha do tema e pela luta para trazer o mestrado de Santa Catarina para o Acre, e também ao Professor da Universidade Federal de Santa Catarina, Fernando Kinoshita, meu primeiro orientador na elaboração do projeto da dissertação.

Agradeço, em especial, aos colegas David Wilson de Abreu Pardo, Pedro Francisco da Silva, Jair Araújo Facundes e Marcelo Eduardo Rossito Basseto, Juízes Federais da Seção Judiciária do Acre, pela conduta exemplar com que pautam suas atividades, pelos ensinamentos e pela força para que eu pudesse concluir este estudo.

Agradeço aos meus colegas professores do curso de Direito da minha valorosa Universidade Federal do Acre; aos colegas do curso de mestrado: Danilo, Vinícius, Simone, Rodrigo, Lindinalva, Célia, Luciano, Caterine, Sammy, Marcus Vinícius, Patrícia, Daniel, Késia, Leonardo e todos os outros, assim como aos que trabalharam na direção do curso: Juliana, Silvane, Alba, Pereira e Francisco Raimundo.

Agradeço aos professores da Universidade Federal de Santa Catarina, em especial à professora Cecília, minha orientadora, por terem deixado o conforto de seus lares e as belezas da ilha para virem ao Acre compartilhar ensinamentos e nos despertar para novos horizontes não só do Direito, mas da vida.

Por fim, agradeço a Deus, por colocar ao meu lado essas pessoas tão especiais e por não permitir que se apague em mim a esperança do amor, da igualdade, do respeito às diferenças e de uma vida melhor, em um mundo mais justo e com respeito ao próximo.

“Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade” (Art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948).

RESUMO

A Constituição brasileira de 1988 possibilitou a abertura do sistema jurídico pátrio à ratificação de tratados internacionais de Direitos Humanos que agregam direitos e garantias fundamentais àqueles já existentes no catálogo constitucional. A doutrina sempre defendeu que esses tratados, uma vez ratificados, têm índole e nível constitucionais, além de aplicação imediata. O objetivo desta dissertação é confirmar o *status* constitucional das normas oriundas de tratados internacionais de Direitos Humanos, sua aplicabilidade imediata e utilização como parâmetro interpretativo, independentemente do processo de formalização a que se refere o § 3º do art. 5º, introduzido pela Emenda Constitucional nº45/2004. Para tanto, emprega-se neste estudo o método indutivo de abordagem e o método monográfico de procedimento. Abordam-se a evolução histórica dos Direitos Humanos e sua delimitação conceitual, com base nos fundamentos jusnaturalistas, positivistas e realistas. A seguir, partindo do conceito de tratado e da análise do seu processo de incorporação ao direito interno, discute-se a questão de sua hierarquia, sob os fundamentos das teorias monista e dualista, enfocando as hipóteses de conflito entre os tratados internacionais e a lei interna, com ênfase no posicionamento jurisprudencial. Ao final, são examinados os aspectos decorrentes do novo § 3º do art. 5º da Constituição, para defender que o citado dispositivo, ao adicionar a possibilidade de conferir aos tratados de Direitos Humanos um lastro formalmente constitucional, reconhece não só sua natureza materialmente constitucional, em decorrência do disposto no § 2º do mesmo artigo, como reforça a existência de um regime jurídico misto, que os distingue dos tratados tradicionais.

ABSTRACT

The Brazilian Constitution of 1988 made possible the opening of the native legal system to the ratification of treated international to Human Rights that add basic rights and guarantees to those already existing in the constitutional catalogue. The doctrine always defended that these treat ones, a time ratified, have nature and constitutional level, beyond immediate application. The objective of this dissertação is to confirm the constitutional status of the deriving norms of treated international to Human Rights, its immediate applicability and use as interpretativo parameter, independently of the formalização process the one that if relates §3º of art. 5º, introduced for the Constitutional Emendation nº45/2 004. For in such a way, one uses in this study the inductive method of boarding and the monographic method of procedure. Historical evolution of the Human Rights and its conceptual delimitation are approached it, on the basis of the jusnaturalistas, positivistas and realistic beddings. To follow, from the concept of treated and the analysis of its process of incorporation to the domestic law, it is argued question of its hierarchy, under the beddings of the theories monista and dualista, focusing the treated hypotheses of conflict between international and the internal law, giving emphasis to the jurisprudencial positioning. To the end, the decurrent aspects of new §3º of art. 5º are examined , to defend that the cited device, when adding the possibility to confer to treat to Human Rights a formal constitutional ballast, not only recognizes its materially constitutional nature, in result of the made use one in §2º of the same article, as it strengthens the existence of a mixing legal regimen, that it distinguishes from treat the traditional ones.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	12
1	DIREITOS HUMANOS: AFIRMAÇÃO HISTÓRICA, DELIMITAÇÃO CONCEITUAL E O PROCESSO DE POSITIVAÇÃO	14
1.1	Noções introdutórias.....	14
1.2	As etapas históricas na afirmação dos Direitos Humanos.....	15
1.2.1	Primeiro momento histórico: o reino davídico, a democracia ateniense e a república romana.....	16
1.2.2	Segundo momento histórico: Baixa Idade Média e a <i>Magna Carta</i>	17
1.2.3	Terceiro momento histórico: século XVII - o <i>Habeas Corpus</i> e o <i>Bill of Rights</i>	19
1.2.4	Quarto momento histórico: a independência americana e a revolução francesa.....	20
1.2.5	Quinto momento histórico: as declarações sociais.....	23
1.2.6	Sexto momento histórico: a internacionalização dos Direitos Humanos.....	24
1.3	A positivação dos Direitos Humanos.....	29
1.3.1	Corrente Jusnaturalista.....	29
1.3.2	Corrente Positivista.....	30
1.3.3	Corrente Realista.....	31
1.4	Delimitação Conceitual dos Direitos Humanos.....	33
1.4.1	Ambigüidade da expressão 'Direitos Humanos'.....	33
1.4.2	Direitos Humanos e Direitos Fundamentais.....	35
1.4.3	Os Direitos Humanos e outros conceitos afins: direitos naturais, direitos subjetivos, direitos públicos subjetivos, direitos individuais e liberdades públicas.....	36
1.5	Características dos Direitos Humanos.....	39
1.6	Os Direitos Humanos e o pluralismo cultural.....	41
1.7	Classificação dos Direitos Humanos.....	43
2	AS RELAÇÕES ENTRE OS TRATADOS INTERNACIONAIS E O ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO NO BRASIL COM ENFOQUE NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	49
2.1	Noções introdutórias.....	49
2.2	Os Tratados Internacionais.....	51
2.2.1	Conceito.....	51
2.2.2	Classificação.....	52
2.2.3	Elementos essenciais.....	53
2.2.4	O <i>Treaty-making Power</i>	55
2.2.5	A ratificação dos Tratados.....	56
2.3	Teorias sobre a relação entre os Tratados Internacionais e o Direito Interno.....	61
2.3.1	Teoria Dualista.....	62
2.3.2	Monismo com prevalência do Direito Interno.....	67
2.3.3	Monismo com prevalência do Direito Internacional.....	68

2.4	As relações entre os Tratados Internacionais e o Direito Interno no ordenamento jurídico brasileiro.....	71
2.4.1	O conflito entre Tratado e Lei no Direito Interno Brasileiro.....	72
2.4.2	O conflito entre a Constituição Federal e o Tratado Internacional no Direito Interno Brasileiro.....	76
2.4.3	O conflito entre a Constituição e os Tratados de Direitos Humanos no Brasil.....	83
3	O NOVO CENÁRIO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N°45/2004	85
3.1	O princípio da dignidade da pessoa humana como vetor interpretativo para o enquadramento dos Tratados de Direitos Humanos como normas dotadas de <i>status</i> constitucional.....	85
3.2	O §2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 e a construção de um modelo aberto de proteção dos Direitos Humanos.....	87
3.3	O nível hierárquico dos Tratados de Direitos Humanos no Brasil.....	92
3.3.1	O caráter legal.....	93
3.3.2	O caráter supralegal.....	96
3.3.3	O caráter constitucional.....	97
3.3.4	O caráter supraconstitucional.....	102
3.4	O novo §3º do art. 5º e sua relação com a hierarquia dos Tratados de Direitos Humanos.....	104
3.5	Fase do processo de celebração dos Tratados para aplicação do §3º do art. 5º da Constituição de 1988.....	109
3.6	Equivalência dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos com as Emendas Constitucionais após a entrada em vigor do §3º do art. 5º da Constituição Federal.....	111
3.7	Aplicação imediata dos Tratados de Direitos Humanos.....	116
	CONCLUSÃO	121
	REFERÊNCIAS	125

INTRODUÇÃO

A idéia da consagração formal de direitos mínimos do ser humano e a compreensão da dignidade suprema da pessoa humana têm sido, em grande parte, fruto da dor física e do sofrimento moral que, a cada grande surto de violência, acabam por fazer com que os homens recuem, diante das atrocidades cometidas e de explorações aviltantes, fazendo com que neles nasça a consciência quanto à necessidade de novas regras que conduzam uma vida mais digna para todos.

Os Direitos Humanos surgem, assim, como aspiração política de cidadania, a serem conquistados no campo da política, para que possam ser efetivados socialmente. No centro dessa tensão está o Direito, que pode servir a uma ou outra perspectiva, de acordo com os interesses do sistema político e também à luz dos valores que o condicionam no ordenamento jurídico.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) possibilitou a abertura do sistema jurídico pátrio à ratificação de vários tratados internacionais protetivos dos Direitos Humanos que, por sua vez, agregam novos direitos e garantias fundamentais àqueles já constantes do texto expresso da Carta Magna. A doutrina, por sua vez, sempre defendeu que esses tratados, uma vez ratificados, têm índole e nível constitucionais, além de aplicação imediata, empregando como principal argumento o disposto no § 2º do art. 5º, na medida em que afirma que “os direitos e garantias nela elencados não excluem outros provenientes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Ocorre que a Emenda Constitucional nº 45/2004 acabou por introduzir ao art. 5º o confuso § 3º, prevendo que os referidos tratados equivalerão às emendas constitucionais se aprovados em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, por 3/5 dos membros. A interpretação desse novo dispositivo, se efetuada fora do contexto sistemático e dissociada dos embates históricos acerca do verdadeiro significado jurídico dos Direitos Humanos, pode conduzir a situações absurdas, aptas a gerar retrocessos no entendimento sobre a hierarquia constitucional das normas decorrentes de tratados internacionais sobre Direitos Humanos no Brasil.

Feitas essas considerações, tem-se que o objetivo desta dissertação é confirmar o *status* constitucional das normas oriundas de tratados internacionais sobre Direitos Humanos, sua conseqüente aplicabilidade imediata e utilização como norma de parâmetro interpretativo, independentemente do processo de formalização a que se refere o § 3º do art. 5º, introduzido pela Emenda Constitucional nº45/2004. Para tanto, serão empregados neste estudo o método indutivo de abordagem e o método monográfico de procedimento, utilizando como técnica de pesquisa a consulta à documentação indireta, com ênfase nas fontes secundárias.

A dissertação foi estruturada em três capítulos, sendo que no primeiro será apresentada a delimitação conceitual dos Direitos Humanos, a partir da análise de sua evolução histórica, de suas características, classificação e das teorias que informam o seu estudo (jusnaturalista, positivista e realista), a fim de identificar, ao final, qual o real significado da expressão e o conteúdo que ela encerra, diferenciando-a de outros termos, como 'direitos fundamentais', 'direitos naturais' e 'liberdades públicas'.

No capítulo seguinte, serão identificadas as fases do processo de formação e integração dos tratados de Direitos Humanos no Brasil, assim como estabelecidas as relações entre esses tratados e o Direito Interno, à luz das teorias acerca dos conflitos entre o Direito Internacional e o Direito Interno. Para tanto, serão analisados os principais pontos do monismo, defendido por Kelsen e Verdross, assim como do dualismo de Triepel e Anzilotti, sem olvidar, ainda, o posicionamento jurisprudencial firmado pelo Supremo Tribunal Federal no tocante ao tema.

Por fim, no terceiro capítulo, a partir da possibilidade de conflito entre a norma interna e a de Direito Internacional, será discutida a questão da hierarquia constitucional das normas oriundas dos tratados internacionais de Direitos Humanos firmados pelo Brasil, diferenciando-as sob os aspectos material e formal, independentemente do *quorum* e do processo de aprovação introduzidos pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, com vistas a estabelecer, ao término, uma proposta sistemática de interpretação que, conciliando os §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal, possa conduzir à máxima efetividade da proteção jurídica dos Direitos Humanos no Brasil.

1 DIREITOS HUMANOS: AFIRMAÇÃO HISTÓRICA, DELIMITAÇÃO CONCEITUAL E O PROCESSO DE POSITIVAÇÃO

1.1 Noções introdutórias

O reconhecimento dos Direitos Humanos está estritamente vinculado à luta contra a concentração dos privilégios e à busca por formas de limitação não só do poder, mas também dos discursos que buscam garantir a uns indivíduos uma maior proteção do que a outros¹. Tais direitos nascem, portanto, a partir de uma racionalidade de resistência, na medida em que traduzem processos históricos da luta pela dignidade humana.

Por Direitos Humanos, Tobeñas (1976, p, 13) os define como sendo:

Aqueles inerentes à pessoa humana – considerada tanto em seu aspecto individual como comunitário – que correspondem a esta em razão de sua própria natureza (da essência ao mesmo tempo corpórea, espiritual e social) e que devem ser reconhecidos e respeitados por todo poder e autoridade, inclusive as normas jurídicas, cedendo, não obstante, em seu exercício, ante as exigências do bem comum.

Sobre a definição de Direitos Humanos, Hannah Arendt (1979, p. 43) aduz que estes não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução. Refletem um conteúdo axiológico, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social. Os Direitos Humanos constituem, assim, um termo de uso comum, mas não categoricamente definido.

De origem histórica, os Direitos Humanos surgiram a partir de profundas transformações ocorridas inicialmente na Europa e nos Estados Unidos, sobretudo a partir do século XVII, com a Revolução Francesa e a Independência Americana. Foi

¹ A respeito desses discursos legitimadores de diferenças diz Coelho (2003, p. 63), "[...] Por questões como a escravatura e os trabalhos com regime de sacrifício, povos como os egípcios, os gregos, os romanos, os povos feudais e todos os regimes monárquicos da idade média e início da idade moderna primavam por um obscurantismo até mesmo simplório a respeito de pretensas diferenças nas características de humanidade de diferentes raças e povos. Aliás, até cerca de cinco séculos atrás havia uma dupla situação ideológica nefasta incrustrada na cultura da humanidade: a resistência ao progresso intelectual e científico; e tal idéia de que alguns indivíduos seriam 'mais humanos' do que outros."

a partir desses marcos históricos que se estabeleceram regras de conduta², tidas como produto da prioridade de alguns valores consagrados como conteúdo essencial dos Direitos Humanos, como adiante se verá.

Por terem origem histórica, é importante salientar que tais direitos estão sempre sujeitos a variações relacionadas ao tempo e ao espaço, estando, por conseguinte, em um constante processo de mutação determinado pelo caminhar da humanidade, tal como demonstra Bobbio (1992, p. 18):

[...] os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes do poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas etc. [...] Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens. O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.

Assim, para a compreensão do que sejam os Direitos Humanos, faz-se necessário analisar, preliminarmente, o modo pelo qual esses direitos foram evoluindo no decorrer das etapas históricas de sua afirmação, o que se fará a partir do estudo dos principais fatos e documentos com base nos quais eles foram positivados em declarações formais, com vistas à sua proteção.

1.2 As etapas históricas na afirmação dos Direitos Humanos

A reflexão teórico-jurídica do que é essencial à condição humana, bem como a concepção de que os indivíduos e os grupos humanos podem ser reduzidos a um conceito ou categoria geral, que a todos engloba, é de elaboração recente no pensamento jurídico. A história de sua concretização é, desde o início, não apenas um processo de legalização de reivindicações como mostram os seus documentos

² Na base de tais regras estava a idéia de capacidade racional do ser humano, potencialmente capaz de distinguir o bem do mal, o certo do errado. Com base nisso é que se apóiam as reflexões voltadas para idéias humanisticamente centradas no homem como ser individualmente capaz de se compreender no mundo como humano e capaz de identificar os direitos que seriam inerentes à sua condição humana. Nesse sentido, Cf. Coelho, 2003, pp. 67-68.

de fundação, "mas também a contraposição do protesto à unilateralidade na positivação de normas referentes aos direitos humanos, que acabam, muitas vezes, criando novas injustiças ou fixando antigas disparidades" (Bielefeldt, 2000, p. 102).

Nesse sentido, não obstante as dificuldades de se encontrar uma certidão da origem exata do nascimento dos Direitos Humanos, tem-se que a análise dos seus documentos de fundação, dentro do período que vai desde a *Magna Carta*, em 1215, até a Declaração Universal dos Direitos Humanos, das Nações Unidas, em 1948, afigura-se como importante intervalo histórico para que se possa compreender a evolução de tais direitos e o seu processo de afirmação jurídica.

Para a apresentação da referida evolução histórica será empregada neste estudo a divisão metodológica estabelecida por Comparato (2006, pp. 36-57) que concebe a existência de seis grandes períodos, conforme se delineará a seguir.

1.2.1 Primeiro momento histórico: o reino davídico, a democracia ateniense e a república romana

A proto-história dos Direitos Humanos teria início nos séculos XI a X a.C, quando se institui, sob Davi, o reino unificado de Israel, tendo como capital Jerusalém. Tal reino estabeleceu a figura do rei-sacerdote, que seria o monarca que não se proclama Deus nem se declara legislador, sendo apenas o delegado do Deus único e o responsável pela execução da lei divina. Com isso, tem-se o primeiro embrião do que, muito tempo depois, se convencionaria denominar Estado de Direito, vale dizer, uma organização política em que o direito não é criado para justificar o poder dos governantes, mas para submetê-los a princípios e normas editados por uma autoridade superior.

Esta idéia foi retomada posteriormente, já no século VI a.C, com a fundação da democracia ateniense, cujos fundamentos eram a preeminência da lei e a participação ativa do cidadão nas funções do governo. Efetivamente, na vida política ateniense, o poder dos governantes foi estritamente limitado pela soberania das leis e pela complexidade de instituições de cidadania ativa, pelas quais o povo, pela primeira vez na História, governou a si mesmo.

Ao analisar o referido período, Comparato (2006, p. 42) afirma que a democracia ateniense consistia em atribuir ao povo, em primeiro lugar, o poder de eleger os governantes e tomar diretamente em assembléia as grandes decisões políticas, tais como a adoção de novas leis, a declaração de guerra e a conclusão de tratados de paz ou de aliança. Tal processo coadunava-se com um sistema de responsabilidades pelo qual qualquer cidadão poderia mover ação contra os dirigentes políticos e estes eram ainda obrigados à prestação de contas de sua gestão perante o povo.

Por sua vez, como aduz Comparato (2006, p. 42), a república romana alcançou a limitação do poder político através de um sistema de controles recíprocos entre os diferentes órgãos políticos. Em Roma, o poder dos cônsules era tipicamente monárquico, responsável pela iniciativa do processo legislativo ordinário, redigindo os projetos; já o Senado, aristocrático, aprovava os projetos, com ou sem emendas, para, ao final, submetê-los à votação democrática do povo. Essa combinação de regimes políticos, aliada aos mecanismos de controle, fez da república romana uma organização política superior aos regimes exclusivos de soberania de um só ou de poucos.

Todavia, nesse primeiro momento histórico, diante da ausência de condições materiais, não se pode falar, a rigor, na existência de Direitos Humanos, tal como hoje concebidos, por não terem os mesmos, até então, se estabelecido ao ponto de poderem ser opostos em face do Estado (MORAES, 1997, p. 32).

1.2.2 Segundo momento histórico: Baixa Idade Média e a *Magna Carta*

Com a extinção do império romano do ocidente, no ano 453 da era Cristã, teve início uma nova civilização, constituída pela combinação de instituições clássicas, valores cristãos³ e costumes germânicos. Era a Idade Média, dividida

³ Para se ter uma idéia da dificuldade de ser aceita a existência dos direitos humanos, basta lembrar que, sob o ponto de vista das comunidades religiosas, as igrejas cristãs, até as primeiras décadas do século XX, mostravam-se céticas em relação aos Direitos Humanos, sempre os associando a posições de radicalismo ou até mesmo anti-religiosas. Em uma série de documentos papais, culminando com o *Syllabus Errorum*, de Pio IX, os Direitos Humanos foram repudiados como expressão do liberalismo moderno, para o qual mais importava a liberdade individual do que o bem comum baseado na religiosidade. Somente na metade do século XX, após demorada fase de

pelos historiadores em dois períodos, cuja linha de separação situa-se entre os séculos XI e XII, quando volta a ganhar espaço a noção de limitação do poder dos governantes, pressuposto da idéia, somente reconhecida séculos depois, da existência de direitos comuns a todos os indivíduos, qualquer que fosse o estamento social – clero, nobreza e povo (COMPARATO, 2006, p. 44).

Durante a Idade Média, predominou, na Europa Ocidental, um sistema de organização econômica, social e política conhecido por feudalismo. Esse modo de produção – resultante, em maior grau, das invasões bárbaras e da desagregação do Império Romano (a partir do século V), as quais iniciaram uma profunda reestruturação no continente – foi marcado por descentralização do poder, emprego de mão-de-obra servil e ruralização da economia. Nesse período, como decorrência sobretudo das invasões, verificou-se o declínio do comércio e das atividades das cidades. A economia, em conseqüência, tornou-se primordialmente agrária, de escassa circulação monetária e auto-suficiente, voltando-se para o consumo dos próprios feudos (unidades territoriais da economia feudal). Além disso, esfacelou-se a autoridade central, consolidando-se uma transferência de poderes aos senhores feudais e à igreja, que passaram a controlar as forças militares locais e regionais, a arrecadação e instituição de tributos, a aplicação da justiça etc.

Somente a partir do século XI, pode-se perceber um movimento pela reconstrução da unidade política perdida. E foi justamente contra os abusos dessa reconcentração do poder que surgiram as primeiras manifestações, sobretudo na Inglaterra, que culminaram na elaboração da *Magna Carta*, em 1215. Embora a *Magna Carta* constitua, em verdade, uma convenção passada entre o monarca, o rei John Lackland, da Inglaterra, e os barões feudais, pela qual se lhes reconheciam certos privilégios especiais, sua importância reside no fato de que, pela primeira vez,

aproximação, é que os direitos humanos foram reconhecidos de forma genérica pelas igrejas, mais precisamente por meio da encíclica *Pacem in terris*, de 1963, e na declaração do Concílio Vaticano II, intitulada *Dignitatis humanae*, de 1965. Tal mudança só se deu após a Segunda Guerra Mundial, quando a assembléia fundadora do Conselho Ecumênico das Igrejas, em Amsterdã, em 1948, formulou exigências sobre direitos humanos, tendo tanto o referido Conselho quanto as ligas luteranas aprovado declarações favoráveis a tais direitos na década de 70. Hoje, os direitos humanos integram o cerne da pregação cristã. Assim, sob o panorama histórico, o obscurantismo religioso levado a efeito em nome de direitos divinos em favor dos poderosos, acabou por obstar a discussão da condição humana em si, ficando esta atrelada a mistificações e discursos ideológicos autoritários. Somente nos últimos séculos, os avanços históricos decorrentes de sérias atrocidades cometidas contra a vida humana, especialmente com as duas grandes guerras mundiais, permitiram a conjugação de fatores aptos a ensejar a tomada de reflexões sobre idéias humanísticas focadas no homem como centro igualitário da vida. Nesse sentido, Cf. BILEFELDT, 2000, pp. 13-14.

na história política medieval, deixou-se implícito que o rei se achava vinculado às leis que ele mesmo editava.

Assim, se em um primeiro momento o documento buscou reforçar o regime feudal, deve-se esclarecer que ele já trazia em seu bojo o reconhecimento dos direitos próprios a dois estamentos livres – a nobreza e o clero -, de modo que esses direitos existiam independentemente do consentimento do monarca e, por conseguinte, não podiam ser por ele modificados (Comparato, 2006, pp. 77-78).

Nisso, portanto, reside a importância da *Magna Carta* para a evolução dos Direitos Humanos: no estabelecimento de limitações ao poder e no reconhecimento da existência de direitos subjetivos ínsitos aos governados. No mais, o documento representou apenas uma forma de consolidação de poder da burguesia emergente.

1.2.3 Terceiro momento histórico: século XVII - o *Habeas Corpus* e o *Bill of Rights*

Com a desagregação das estruturas feudais, motivada, segundo Wolkmer (2001, p. 24), "por sucessivas crises na esfera da formação social, do modo de produção da riqueza e da organização político-institucional", verificou-se o desenvolvimento das cidades, com a ascensão social dos comerciantes, em razão da progressiva abertura das vias de comunicação marítima. Concomitantemente a esse fato, entre os séculos XI e XIII, a Europa viveu um período fecundo em invenções técnicas e de aprimoramento da vida comercial, o que exigia um mínimo de segurança e certeza na vida dos negócios e requeria a necessária limitação aos arbítrios do poder político⁴.

Como frutos da consciência quanto aos perigos da concentração de poder, surgem, no final do século XVII, o *Habeas Corpus*, em 1679, e o *Bill of Rights*, em 1689. Tais documentos não beneficiavam indistintamente todos os

⁴ Sobre como os perigos da tirania influenciaram na luta pelo reconhecimento de direitos, Comparato (2006, p.48) explica que durante os dois séculos que sucederam ao que se convencionou denominar Idade Média, a Europa conheceu um extraordinário recrudescimento da concentração de poderes. Profundamente inserida nesse processo, a Inglaterra serviu de berço para o ressurgimento do sentimento de liberdade, alimentado pela memória da resistência à tirania. Também os efeitos da guerra civil de que foi alvo reafirmaram a importância da harmonia social e estimularam a lembrança de antigas franquias declaradas na *Magna Carta*, generalizando-se a consciência quanto aos perigos do poder absoluto.

súditos, mas precipuamente o clero e a nobreza. No entanto, as garantias neles asseguradas, por terem formulação mais geral e abstrata do que o texto da *Magna Carta*, acabaram por permitir fossem também essas liberdades individuais aproveitadas pela burguesia.

Não obstante o *Habeas Corpus* já existir na Inglaterra mesmo antes da *Magna Carta*, como mandado judicial contra prisão arbitrária, ensina Comparato (2006, p. 86) que sua importância histórica adveio com a lei de 1679, criada para proteger a liberdade de locomoção e que serviu como matriz para todas as que vieram a ser editadas posteriormente para a proteção de outras liberdades fundamentais.

Foi também nesse terceiro momento histórico (século XVII), com o *Bill of Rights*, que teve fim o regime de monarquia absoluta, no qual todo o poder emana do rei e em seu nome é exercido. A partir da Lei de 1689, a idéia de um governo representativo, o parlamento, ainda que não de todo o povo, começou a se firmar como garantia institucional indispensável das liberdades civis.

O *Bill of Rights* representou, nesse contexto, “a institucionalização da permanente separação dos poderes no Estado, à qual se referiu elogiosamente Montesquieu meio século depois” (Comparato, 2006, p. 90). Embora não sendo uma declaração de Direitos Humanos, o *Bill of Rights* criava, com a divisão dos poderes, aquilo que a doutrina constitucionalista do século XX passou a entender como garantia institucional à proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana.

1.2.4 Quarto momento histórico: a independência americana e a revolução francesa

Uma das características mais notáveis na Declaração de Independência dos Estados Unidos consiste exatamente em ser ela o primeiro documento a afirmar os princípios democráticos na história política moderna. A respeito da importância histórica da Declaração de Independência, diz Comparato (2006, p. 103) que:

[...] é o primeiro documento político que reconhece, a par da legitimidade da soberania popular, a existência de direitos inerentes a todo ser humano, independentemente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social.

Com efeito, o art. I da Declaração de Direitos de Virgínia⁵, de 16 de junho de 1776, reconhece solenemente que todos os homens são igualmente vocacionados, pela sua própria natureza, ao aperfeiçoamento constante de si mesmos. A “busca da felicidade”⁶, repetida na Declaração de Independência dos Estados Unidos, duas semanas após, é a razão de ser desses Direitos Humanos inerentes à própria condição humana.⁷

Porém, somente treze anos após a Declaração de Independência dos Estados Unidos, durante a Revolução Francesa, é que a idéia de liberdade e igualdade dos seres humanos foi reafirmada e reforçada: “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”⁸. Já o reconhecimento formal da fraternidade⁹, terceiro ideal da Revolução Francesa, só veio a acontecer com a Declaração Universal de Direitos Humanos proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

Assim, se a Revolução Americana foi essencialmente ligada a uma restauração das antigas franquias e dos tradicionais direitos do cidadão diante dos abusos e usurpações do poder monárquico, pode-se dizer que a Revolução Francesa, bem ao contrário, tendeu ao futuro e representou uma tentativa de mudança radical das condições de vida em sociedade, investindo os franceses na missão universal de libertação dos povos. Não se pode negar, porém, que tanto as declarações de direitos norte-americanas quanto a francesa de 1789 representaram

⁵ “Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter felicidade e segurança”. Excerto da Declaração de Virgínia, de 16 de junho de 1776, *in* COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 4ª ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006, p. 114, trad. do autor.

⁶ “Consideramos as seguintes verdades como auto-evidentes, a saber, que todos os homens são criaturas iguais, dotadas pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade”. Excerto do texto da Declaração de independência dos Estados Unidos, de 4 de julho de 1776, *in* COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 4ª ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006, p. 104, trad. do autor.

⁷ Deveras, a publicação de uma declaração das razões do ato de independência, por um “respeito devido às opiniões da humanidade”, constitui, na verdade, uma afirmação da nova legitimidade política: a soberania popular

⁸ Art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, *in* COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 4ª ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006, p. 154, trad. do autor.

⁹ No tocante ao terceiro elemento da tríade democrática da Revolução Francesa – a fraternidade ou solidariedade – os norte-americanos não chegaram a admiti-lo nem mesmo retoricamente. A isso se opôs, desde as origens, o profundo individualismo, vigorante em todas as camadas sociais. Um individualismo que não constitui obstáculo ao associativismo na vida privada, mas que sempre se mostrou incompatível com a adoção de políticas corretivas de desigualdades socioeconômicas (COMPARATO, 2006, p. 104).

a emancipação histórica do indivíduo perante os grupos sociais aos quais ele sempre se submeteu: a família, o estamento, as organizações religiosas (COMPARATO, 2006, p. 52).

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, foi, em si mesma, o primeiro elemento constitucional do novo regime político francês. A dicotomia homem e cidadão parece indicar que, de fato, não se dirigia apenas ao povo francês, mas a todos os povos, concebendo-se como um documento de dupla dimensão: nacional e universal.

Com efeito, o espírito da Revolução Francesa era, muito mais o de supressão das desigualdades do que a consagração de liberdades individuais para todos¹⁰. Daí por que, ao contrário do que houve nos Estados Unidos, onde não havia divisões estamentais ou guerras de religião tal como na Europa, e tirante a escravidão negra também não se cogitava de desigualdade jurídica, na França as conquistas no campo da igualdade constituíam a verdadeira base para uma nova realidade histórica, a ser seguida não só naquele país, mas a informar todo projeto de constitucionalização dos povos.

O grande problema político do movimento revolucionário francês foi, exatamente, o de encontrar um outro titular da soberania em substituição ao monarca. A idéia de monarquia absoluta, combatida por todos, tornou-se inaceitável para a nova classe ascendente, a burguesia. Tinha esta, de fato, argumentos para retomar o movimento histórico em favor da limitação de poderes dos governantes, iniciado na Baixa Idade Média com a *Magna Carta*, e seguido com o *Habeas Corpus* e o *Bill of Rights*.

A solução do problema veio de Sieyès (1773, p. 105), com base nas idéias políticas publicadas na obra que o tornou célebre, *Qu' est-ce que le Tiers Etat*. Para o autor, em lugar do monarca deveria entrar em cena uma entidade nacional, dotada de conotações que não podiam ser contestadas abertamente pela nobreza e clero, sob pena de acusação de antipatriotismo, sendo que tal entidade pairava acima do direito posto, constituindo-se em uma força do direito natural capaz de fundar um Estado, no qual predominaria a força numérica daqueles que constituíam a verdadeira riqueza da França.

¹⁰ Na tríade famosa, foi sem dúvida a igualdade que representou o ponto central do movimento revolucionário. A liberdade, para os homens de 1789, limitava-se praticamente à supressão de todas as divisões sociais ligadas à existência de estamentos. E a fraternidade, como virtude cívica, seria o resultado necessário da abolição dos privilégios. Cf. COMPARATO, 2006, p. 132.

A grande vantagem de tal solução é que a nação pode existir politicamente como referência simbólica, mas só atua, contrariamente ao que ocorre com o povo, por meio de representantes. A classe burguesa obtinha, com isso, logo no início do movimento revolucionário, o exercício efetivo e exclusivo do poder político, em nome de todos os cidadãos. Assim, pode-se dizer que a instituição da representação política moderna, muito diversa do sistema representativo que se praticava na Idade Média, foi inaugurada na Constituição Americana e na Revolução Francesa¹¹.

1.2.5 Quinto momento histórico: as declarações sociais

Embora a Revolução Francesa tenha consagrado um momento de expansão de direitos, não se pode olvidar que o século XIX também trouxe uma série de conflitos envolvendo as classes proletárias desconsideradas pelos revolucionários franceses e que levantavam uma série de exigências sócio-econômicas que puseram em relevo a insuficiência dos direitos individuais, porquanto a democracia política não se apresentava como democracia social. De fato, durante o referido período, o proletariado foi adquirindo protagonismo histórico, à medida que avançou o processo de industrialização, bem como consciência de classe, com a busca de direitos econômicos e sociais frente aos clássicos direitos individuais, frutos do triunfo da revolução liberal burguesa.

No que tange aos referidos conflitos de classes, o Manifesto Comunista de 1848 pode ser considerado como um marco fundamental neste processo e

¹¹ Segundo Comparato (2006, pp. 142-143), “Foi preciso que transcorresse pouco mais de meio século da Revolução Francesa, para que se fizesse a primeira análise crítica prospectiva em profundidade. Num escrito de juventude, Karl Marx enxergou-a como a instauração do regime do individualismo egoísta, em lugar do egoísmo corporativo do Ancien Regime. A separação entre ‘direitos do homem’ e ‘direitos do cidadão’, entre a sociedade civil e a sociedade política, demonstrava, segundo ele, que se realizara uma autêntica revolução copernicana em relação ao feudalismo. [...] A Revolução, ao suprimir a dominação social fundada na propriedade da terra, ao destruir os estamentos e abolir as corporações, acabou por reduzir a sociedade civil a uma coleção de indivíduos abstratos, perfeitamente isolados em seu egoísmo. Em lugar do solidarismo desigual e forçado dos estamentos e das corporações de ofícios, criou-se a liberdade individual fundada na vontade, da mesma forma que a filosofia moderna substituíra a tirania da tradição pela liberdade da razão. Os direitos do cidadão passaram, então, a servir de meios de proteção aos direitos do homem, e a vida política tornou-se mero instrumento de conservação da sociedade civil, sob a dominação da classe proprietária.”

representa um anúncio do começo de uma nova etapa nas funções estatais, vez que reflete reivindicações que determinariam uma mudança de postura nas atividades desenvolvidas pelo Estado, o qual, progressivamente, abandonou sua feição abstencionista para tomar a si o cumprimento de sua função social¹².

Outro momento chave para a compreensão desse quinto momento histórico, o das declarações sociais, é a Constituição de Weimar, de 11 de agosto de 1919. Nela, junto ao reconhecimento das liberdades individuais, como a propriedade privada, também foram inseridos os direitos sociais¹³, como os que se referem à proteção da família, à educação e ao trabalho.

Comparato (2006, p. 189) assinala que a “Constituição de Weimar exerceu decisiva influência sobre a evolução das instituições políticas em todo o Ocidente”. O Estado Democrático Social adquiriu a partir dela estrutura mais elaborada, com vistas à defesa da dignidade humana, ao complementar os direitos civis e políticos – que o sistema comunista negava – com os direitos econômicos e sociais¹⁴, ignorados pelo liberal-capitalismo. Foi, assim, durante muito tempo, o documento inspirador das tentativas de se conciliar os direitos individuais e sociais no marco inaugurado pelo Estado Social de Direito.

1.2.6 Sexto momento histórico: a internacionalização dos Direitos Humanos

A constitucionalização dos direitos, no século XIX, inaugurou uma nova fase no desenvolvimento do sistema de proteção da pessoa humana, na qual os

¹² Entendam-se, aqui, por função social do Estado, as disposições sócio-econômicas que a partir da Constituição de Weimar foram incluídas entre os direitos fundamentais.

¹³ É muito significativo para compreender o espírito da Constituição de Weimar de 1919 o disposto no seu art. 151, segundo o qual “A ordenação da vida econômica deve obedecer aos princípios da justiça, com o fim de assegurar a todos uma existência conforme à dignidade humana. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica dos indivíduos.” Excerto da Constituição de Weimar, de 1919, *in* COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 4ª ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006, p. 194, trad. do autor.

¹⁴ A título de exemplos, Comparato (2006, pp. 191-192) enumera os seguintes direitos sociais consagrados pela Constituição de Weimar: a) o dever fundamental do Estado de promover a educação escolar, determinando que tanto o ensino quanto o material didático fossem gratuitos; b) no campo familiar, estabeleceu pela primeira vez na história jurídica ocidental a regra da igualdade entre marido e mulher. A seção sobre a vida econômica abre-se com uma disposição de princípio, que estabelece como limite à liberdade de mercado a preservação de um nível de existência adequado à dignidade humana. Por fim, no tocante aos direitos trabalhistas, ocupou-se em estabelecer padrões mínimos de regulação internacional do trabalho assalariado e instituiu a participação de empregados e empregadores na regulação estatal da economia.

direitos constantes das Declarações de Direitos passaram a ser inseridos nas Constituições dos Estados, de modo que se incorporam à história do Constitucionalismo. Deveras, com o término da Guerra e partir da experiência das ditaduras totalitárias, reproduziu-se a necessidade de uma renovação constitucional em correspondência às novas exigências políticas e sociais. Todas as Constituições imediatamente posteriores ao conflito bélico são uníssonas em sua estrutura e conteúdo no que tange à afirmação da fé na legalidade democrática e nos direitos fundamentais.

Ocorre que a afirmação dos Direitos Humanos transcendeu o âmbito do Direito Interno para alcançar também uma exigência de reconhecimento pelo Direito Internacional. Nesse contexto, o Direito Internacional dos Direitos Humanos (*International Human Rights Law*), fonte da sistemática atual de proteção, começa a ter os seus primeiros precedentes com o surgimento do Direito Humanitário, da Liga das Nações e da Organização Internacional do Trabalho.

Ensina Piovesan (2007, p. 123) que o Direito Humanitário, criado no século XIX, é aquele aplicável no caso de conflitos armados (guerra). Sua função é estabelecer limites à atuação do Estado, com vistas a assegurar a observância e cumprimento dos direitos fundamentais. O Direito Humanitário impõe, assim, uma regulamentação jurídica do emprego da violência na esfera internacional, expressando, em primeiro grau, que no plano internacional há limites à liberdade e à autonomia dos Estados.

Um segundo esforço à relativização da soberania dos Estados foi a criação, após a Primeira Guerra Mundial (1914-1918) da Liga das Nações. Sua finalidade, segundo Piovesan (*op. cit.*, p. 124) era a de “promover a cooperação, paz e segurança internacional, condenando agressões externas contra a integridade territorial e independência política dos seus membros.” Suas previsões representaram um limite à soberania estatal absoluta, vez que a Convenção da Liga das Nações estabelecia sanções econômicas e militares contra os Estados que violassem as suas obrigações, fator que veio a redefinir a noção de soberania absoluta do Estado, que passava a incorporar, em seu bojo, compromissos e obrigações de alcance internacional no tocante aos Direitos Humanos.

Outro antecedente que em muito contribuiu para a formação do Direito Internacional dos Direitos Humanos foi o advento da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919, com o fim da Primeira Guerra Mundial, tendo como

objetivo estabelecer critérios básicos de proteção ao trabalhador, regulando sua condição no plano internacional. Diante desse contexto, Piovesan (2007, p. 125) diz que esses três institutos:

cada qual ao seu modo, contribuíram para o processo de internacionalização dos direitos humanos, seja no asseguramento de parâmetros globais mínimos para as condições de trabalho no plano mundial, seja ao fixar como objetivos internacionais a manutenção da paz e segurança internacional, ou, seja ainda a proteger direitos fundamentais em situações de conflito armado.

Tal processo histórico permite delinear o fim de uma época em que o Direito Internacional limitava-se a regular as relações entre os Estados, inaugurando a fase em que as obrigações internacionais transcendiam os interesses exclusivos dos Estados contratantes, para alcançarem a salvaguarda dos Direitos Humanos sob o aspecto coletivo. É neste cenário que surgem, então, os primeiros contornos do Direito Internacional dos Direitos Humanos, afastando a noção de soberania absoluta dos Estados e erigindo os indivíduos à categoria de sujeitos de direito internacional.

O fenômeno está vinculado ao reconhecimento da subjetividade jurídica do indivíduo pelo Direito Internacional, vale dizer, a elevação do indivíduo, no plano internacional, à categoria de sujeito de direito. Com efeito, não basta apenas conceber que a comunidade internacional possa conhecer de questões que afetam os interesses dos Estados como tais, mas também que os interesses dos indivíduos que os integram possam merecer igual proteção internacional, se violados.

Nesse sentido, assinala Perez Luño (1999, p. 125) que:

De outro modo, si se mantuviese como absoluto el principio de la soberania estatal, las posibles violaciones de los derechos humanos cometidos por el Estado contra sus ciudadanos o una parte de ellos (minorias étnicas, lingüísticas o religiosas...), o contra las personas que residen em su territorio (piénsese, por ejemplo, em los apátridas o las comunidades de trabajadores extranjeros), carecerian de relevância jurídica internacional.¹⁵

¹⁵ Tradução livre: De outro modo, se permanecesse como absoluto o princípio da soberania estatal, as possíveis violações aos direitos humanos cometidas pelo Estado contra os seus cidadãos ou uma parte deles (minorias étnicas, lingüísticas ou religiosas...), ou contra os povos que residem em seu território (pense-se, por exemplo, nos apátridas ou nas comunidades de trabalhadores estrangeiros), careceriam de relevância jurídica internacional.

Como se vê, a internacionalização jurídico-positiva dos Direitos Humanos é bastante recente¹⁶. A normatividade internacional de proteção desses direitos, conquistada por meio de lutas históricas, consubstancia-se em inúmeros tratados¹⁷ concluídos com este propósito, fruto de um gradual processo de internacionalização e universalização desses mesmos direitos.

Entretanto, pode-se dizer que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, sob os auspícios da Organização das Nações Unidas, representa o marco divisor desse processo de normatização internacional dos direitos humanos. A partir dela, pode-se perceber a construção de um estatuto internacional referente aos Direitos Humanos, que ganhou foro supranacional, com a superveniente expedição de diversas declarações, pactos e protocolos.

Estabelece-se, então, a profunda relação entre os Direitos Humanos e a celebração de tratados internacionais, sobretudo no que tange ao fato de que a proteção àqueles direitos rompe as fronteiras dos países, em razão do princípio da unidade, segundo o qual quando um indivíduo do planeta é violado, todos o são, ainda que reflexamente.

Como destaca Buergenthal (*et al*, 1994, pp. 96-97), em matéria de Direitos Humanos, a principal diferença entre as disposições da Carta da ONU e os acordos internacionais ou mesmo o direito consuetudinário preexistente, encontra-se em seu campo de ação, visto que o 'direito dos direitos humanos' anterior à Carta tinha como meta proteger certas categorias de seres humanos ou garantir certos tipos de direitos, e a Carta, contrariamente, não traz nenhuma limitação desse tipo.

¹⁶ Não é à toa que o Direito Internacional surgiu quando os Estados absolutos estavam em pleno apogeu, quando o indivíduo era considerado um súdito do poder. Como reação aos perigos que esta prática impunha à liberdade do indivíduo, o jusnaturalismo racionalista reivindicou a necessidade de legar uma proteção internacional aos direitos humanos. Nesse contexto, Kant (*in Zum ewigen Frieden*, séc. II, III, art. definitivo) já falava sobre o valor decisivo que o reconhecimento da cidadania universal desempenharia para o alcance da paz perpétua, ao mesmo tempo em que afirmava a existência de deveres do Estado para com seus cidadãos, inclusive para com os estrangeiros residentes em seu território. Desta época datam as declarações de direitos do século XVIII e alguns convênios do século XIX que reconheceram a liberdade religiosa. Mais tarde, no curso no século XIX, formalizaram-se outros acordos internacionais, em especial a partir do Congresso de Viena, tendentes à abolição da escravatura.

¹⁷ Na definição de Louis Henkin (1990, p. 416) "O termo 'tratado' é geralmente usado para se referir aos acordos obrigatórios celebrados entre sujeitos de Direito Internacional, que são regulados pelo Direito Internacional. Além do termo 'tratado', diversas outras denominações são usadas para se referir aos acordos internacionais. As mais comuns são Convenção, Pacto, Protocolo, Carta, Convênio, como também Tratado ou Acordo Internacional. Alguns termos são usados para denotar solenidade (por exemplo, Pacto ou Carta) ou a natureza suplementar do acordo (Protocolo)."

Acerca da importância da Carta das Nações Unidas para o desenvolvimento dos Direitos Humanos, Buergethal (*et al*, 1994, pp. 97-98) explica:

A Carta contém basicamente duas disposições sobre direitos humanos vinculadas entre si. A primeira, o artigo 55.c dispõe que a ONU 'promoverá: [...] c) o respeito universal aos direitos humanos e às liberdades fundamentais de todos, sem fazer distinção por motivo de raça, sexo, idioma ou religião, e a efetividade de tais direitos e liberdades'. Em segundo lugar, o artigo 56 incorpora o compromisso dos Estados-Membros da ONU de 'tomar medidas conjunta ou separadamente, em cooperação com a Organização, para a realização dos propósitos consignados no artigo 55'. Em virtude de ambas as disposições ficou estabelecido como caráter obrigatório o compromisso de promover os direitos humanos e as liberdades fundamentais tanto para a Organização como para os seus Estados membros. O moderno direito internacional dos direitos humanos tem origem nestas normas da Carta. Elas assentaram a base conceitual para o desenvolvimento do direito substantivo dos direitos humanos e a transformação dos direitos humanos em matéria de interesse internacional.

Assim, diante do reconhecimento dos Direitos Humanos pela comunidade internacional, assentando-os em tratados internacionais ou mesmo inserindo-os em Constituições modernas, deve-se ponderar que a visão meramente programática ou informadora de suas proposições se tornou incompatível com o fato de serem direitos válidos além das fronteiras territoriais e oponíveis inclusive em face do próprio Estado.

Assim é que surge a etapa final do longo processo de unificação dos Direitos Humanos, abrindo-se, entretanto, uma nova frente de desafios a serem enfrentados nos dias atuais¹⁸: a luta contra a pressão da força militar, o poderio econômico e as posturas desrespeitosas aos Direitos Humanos por governos despóticos, disfarçados de democráticos. Nesta atual fase, emerge o desafio de fazer prevalecer uma coesão tão duramente alcançada entre os diferentes povos e Estados na busca pelo efetivo respeito aos direitos humanos, sob o prisma da solidariedade ética.

¹⁸ Nessa linha, importantes passos foram dados para a proteção dos Direitos Humanos na seara internacional, sobretudo em razão do disposto na Convenção Européia de Direitos Humanos, de 1950; na Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969; no Estatuto do Tribunal Penal Internacional, de 1998, assim como na atuação dos órgãos a eles vinculados, com a missão de efetivar a proteção aos direitos previstos nestas convenções internacionais.

1.3 A positivação dos Direitos Humanos

A partir da afirmação histórica dos Direitos Humanos, infere-se que a luta pelo reconhecimento da dignidade da pessoa humana pode ser considerada uma constante na evolução da filosofia jurídica e na política humanista. A tendência de positivação que tal dignidade encerra sempre despertou uma inquietude, sobretudo quando analisada sob os principais pontos de vista da natureza jurídica desses direitos.

Agrupam-se, aqui, para estudo, três grandes correntes doutrinárias acerca do tema: a jusnaturalista, a positivista e a realista. Dos principais fundamentos de cada uma dessas posturas, pode-se definir o modo como os Direitos Humanos encontram-se, hoje, plasmados nas normas jurídico-positivas, a fim de que, nos capítulos seguintes, se possa discutir o processo de incorporação dos tratados sobre Direitos Humanos no ordenamento jurídico interno e sua hierarquia.

1.3.1 Corrente Jusnaturalista

Sob o rótulo do jusnaturalismo se tem agrupado historicamente uma série de doutrinas heterogêneas, até mesmo contraditórias, que tem servido para fundamentar a existência do direito natural.

A própria dificuldade em entender o que seja o direito natural, como já se ressaltou, origina-se precisamente do caráter equivocado e muitas vezes contraditório do que em cada época e espaço se tem considerado como direito inerente à natureza humana e a função jurídico-política que disso resulta.

Agora, não se pode olvidar que se em algo coincidem essas distintas concepções jusnaturalistas é justamente em afirmar a existência de postulados jurídicos anteriores e justificadores do direito positivo.

Por esse motivo, ensina Battaglia (1996, p. 175) que:

La afirmación de que existen algunos derechos esenciales del hombre en cuanto tal, en su cualidad o esencia absolutamente humana, no se puede separar del reconocimiento previo y necesario de un derecho natural; natural en cuanto distinto del positivo y, a su vez, preliminar y fundamental respecto a este.¹⁹

As teorias jusnaturalistas coincidem em contemplar o processo de positivação dos Direitos Humanos como vinculado à consagração normativa de exigências prévias, de faculdades que correspondem ao homem pelo mero direito de sê-lo, pela sua própria natureza.

Nessa perspectiva, a positivação assume um caráter puramente declaratório²⁰ e é considerada como a etapa final de um processo que tem sua origem nas exigências que a razão postula como imprescindíveis à convivência social.

Assim é que, para o jusnaturalismo, o termo 'direito' não coincide com o direito positivo. Defende, portanto, a existência de direitos naturais do indivíduo, originários e inalienáveis, em função dos quais surge o Estado. A positivação de tais direitos traduz, apenas, o reconhecimento formal por parte do Estado de exigências jurídicas prévias que se transmudam em normas positivas para a maior garantia de sua proteção.

1.3.2 Corrente Positivista

Radicalmente distinta da postura jusnaturalista é a tese defendida pelo positivismo jurídico.

¹⁹ Tradução livre: A afirmação de que existem alguns direitos essenciais do homem enquanto tal, devido a sua qualidade ou essência absolutamente humana, não pode ser separada do reconhecimento prévio e necessário de um direito natural; natural enquanto distinto do positivo, e, por sua vez, preliminar e fundamental em relação a este.

²⁰ Nesse sentido, nas principais declarações do século XVIII, fruto da inspiração jusnaturalista, adverte-se quanto ao sentido declaratório que nelas assumia a positivação dos direitos fundamentais. Veja-se, por exemplo, a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, em 1776, assinalava que "todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes e têm certos direitos inerentes, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem, por nenhum acordo, privar ou despojar a sua posteridade" (in COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 4ª ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006, p. 114, trad. do autor.). No mesmo sentido é a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, segundo a qual "a meta de toda associação política reside na conservação de direitos naturais e imprescritíveis do homem" (*idem, ibidem*).

Para esta corrente, a juridicidade se identifica com a noção de direito positivo, vale dizer, com as normas jurídicas positivamente estabelecidas. Qualquer crença em normas objetivamente válidas anteriores a tal direito aparece como produto de uma posição metafísica e inaceitável.

Nesse contexto, o processo de positivação dos Direitos Humanos é entendido, sob a ótica positivista, como um aspecto a mais das regras gerais que presidem a criação do Direito no ordenamento estatal.

Na concepção positivista, os direitos naturais não são senão um conjunto de normas sociais emanadas das opiniões e sentimentos coletivos que influem no Direito, mas que não são o Direito. Tão somente quando essas normas sociais são promulgadas através de leis que imponham deveres e impliquem sanções é que passam a constituir autênticos direitos.

O positivismo jurídico dotou a dogmática dos direitos fundamentais de um suporte rigoroso fundado no plano da estrita positivação. Dentro de suas premissas, o problema da positivação dos Direitos Humanos é sempre visto não como um ato de reconhecimento ou declarativo, mas sim como um ato de criação e, portanto, constitutivo. Antes da positivação, até se pode reconhecer aos postulados sociais de justiça o *status* de expectativas de direito, mas nunca o de direitos.

Em todo caso, não obstante as controvérsias entre as correntes jusnaturalistas e positivistas, o fato é que a construção dogmático-jurídica dos direitos fundamentais permanece, em grande parte, fiel aos postulados do positivismo jurídico como fundamento do processo de positivação.

1.3.3 Corrente Realista

Frente às posturas até aqui apresentadas, surge um outro grupo que, sob perspectiva diversa, não outorga ao processo de positivação dos Direitos Humanos um significado declarativo de direitos anteriores (tese jusnaturalista), nem constitutivo (tese positivista), mas sim que tal processo supõe um requisito a mais: o efetivo e real gozo de tais direitos.

Sob esse ponto de vista, a positivação não é, portanto, o final do processo, senão uma condição para o desenvolvimento das técnicas de proteção

dos direitos fundamentais, que são as que, em caráter terminativo, definem o seu conteúdo.

Para os defensores dessa corrente, o problema da positivação não deve situar-se nos ideais do direito natural nem tampouco nos preceitos positivamente estabelecidos. Será a prática concreta dos homens, que são os que podem se beneficiar desses direitos e que com seus comportamentos contribuem para formulá-los em cada situação histórica, a verdadeira pauta orientadora de sua significação.

Conforme assinala Perez Luño (1999, p. 59), a atitude realista implica uma crítica ao jusnaturalismo (em especial às versões racionalistas do século XVIII) por sua concepção ideal dos Direitos Humanos e ao positivismo jurídico, por sua consideração puramente formal dos mesmos.

A corrente realista acusa de abstração os jusnaturalistas por situarem o problema concreto da positivação dos direitos fundamentais no âmbito dos ideais eternos e metafísicos. Quanto aos positivistas, a aludida corrente acusa-os de formalismo, por considerarem que os direitos fundamentais resultam de sua rotulação como normas formalmente válidas, quando estas, muitas vezes, são meras formas carentes de conteúdo.

A questão deve ser tratada, para os realistas, no plano das condições econômicas e sociais que permitam o efetivo gozo desses direitos, que não são ideais nem fórmulas retóricas, mas verdadeiro produto das exigências sociais do homem histórico.

Por isso, assinalam os realistas²¹ que a prática dos direitos fundamentais não se deve buscar exclusivamente na Constituição, mas sim nas relações de poder que lhe servem de suporte e que obedecem a determinadas condições sociais e econômicas²².

²¹ O pensamento realista pode ser considerado como estritamente vinculado ao movimento socialista. Marx demonstra em seus escritos a preocupação constante em afrontar, no plano real, a questão dos direitos fundamentais, cuja realização, segundo ele, exigia uma emancipação humana que se produz quando o homem e o cidadão se fundem. Isso implica o reconhecimento e a organização de suas forças como forças sociais e não a sua submissão à força política. Esse processo de emancipação contribui para se afirmar uma liberdade real, fundada em condições tangíveis e materiais distintas da liberdade abstrata oriunda da mera teoria. Assim, a emancipação política e o reconhecimento dos direitos fundamentais são atos que se condicionam mutuamente. (Cf. PEREZ LUÑO, 1999 p. 60)

²² Cf. K. Kulcsar. *Social factors in the evolution of civic rights*, vol. Col. *Socialist Concept of Human Rights*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1966, p. 122.

Assim, para a corrente realista, a questão da positivação dos direitos fundamentais não pode ser entendida dissociadamente das condições reais que permitem o seu gozo. A positivação é, sob tal enfoque, um instrumento que permite definir melhor e concretizar o alcance desses direitos; mas, em todo caso, são as condições sociais que verdadeiramente determinam o sentido real dos direitos e liberdades, pois delas depende sua salvaguarda e proteção²³.

Em resumo, para o jusnaturalismo o problema da positivação dos Direitos Humanos está no plano filosófico; para o positivismo, no plano jurídico; para o realismo, por sua vez, está inserido no campo político.

Resulta evidente que, no aspecto prático, essas três categorias se condicionam mutuamente, sendo todas elas necessárias para o desenvolvimento positivo dos direitos fundamentais. Estudar esse processo sob o aspecto jurídico não implica ignorar que sobre a mesma questão gravitam considerações filosóficas que formam o seu suporte ideológico, nem que o problema está ligado aos fatores sociais e às técnicas jurídicas que determinam a sua garantia.

1.4 Delimitação Conceitual dos Direitos Humanos

1.4.1 Ambigüidade da expressão 'Direitos Humanos'

A existência de certos termos cujo uso alcança tamanha difusão em determinado momento social, a ponto de chegar a constituir signo caracterizador de uma época ou mesmo de refletir o modo de pensar de determinada cultura, acaba por tornar impreciso o seu verdadeiro significado. É o que acontece com o termo "Direitos Humanos".

Sustenta Perez Luño (1999, p. 23) que para alguns os Direitos Humanos supõem uma constante histórica cujas raízes remontam às instituições e ao pensamento do mundo clássico. Outros entendem que a idéia dos Direitos Humanos nasce com a afirmação cristã da dignidade moral do homem, visto como pessoa. Também é freqüente considerar que a idéia inicial dos Direitos Humanos teve lugar

²³ Nesta direção, segundo Bobbio (1992, p. 8), "o problema básico dos direitos humanos não é tanto o de justificá-los, mas sim protegê-los".

durante a luta dos povos contra o regime feudal e a formação das relações burguesas. Alguns consideram os Direitos Humanos como fruto da afirmação dos ideais jusnaturalistas ou, de outra parte, produto da progressiva afirmação da individualidade. Isso sem falar de uma possível ligação do nascimento dos Direitos Humanos a um critério econômico consistente na necessidade de justificar e defender o direito à propriedade do homem burguês.

Como se vê, a significação heterogênea da expressão “direitos humanos”, tanto na teoria quanto na prática, tem contribuído para fazer deste conceito um paradigma²⁴ equivocado. A falta de precisão da maior parte das definições sobre Direitos Humanos também dificulta, em muito, a compreensão do seu verdadeiro alcance.

Sobre o tema, Bobbio (1992, p. 4) asseriu que “na maior parte das vezes esta expressão ou não é realmente definida, ou o é em termos pouco satisfatórios.” Nesse cenário, não há dúvida de que grande parte da desorientação suscitada pela significação imprecisa da expressão “direitos humanos” tem origem na própria pergunta acerca do que são os Direitos Humanos. É que definições, em regra, acabam por gerar a crença, muito improvável na prática, de que são capazes de revelar todos os fenômenos²⁵ efetivamente alcançados por uma determinada palavra, ignorando que uma palavra ou expressão dificilmente consegue abranger todas as possibilidades de determinado objeto.

Dessa aparente confusão conceitual²⁶, surge a necessidade de distinguir os Direitos Humanos de outras expressões e termos com os quais usualmente se confunde quando de seu emprego ou tentativa de definição.

²⁴ A opção por uma fundamentação para o Direito Internacional dos Direitos Humanos implica, epistemológica e obrigatoriamente, uma opção paradigmática. Em sentido *lato*, um paradigma pode se vincular desde a ciência (teoria, conjunto de teorias, programa de pesquisa científica) ou até a uma determinada categoria ideológica (capitalismo, neoliberalismo, socialismo, por exemplo). Entretanto, para um estudo acadêmico, o conceito formulado por Thomas S. Kuhn vem sendo comumente adotado. Para Kuhn (1996, p. 13), “os paradigmas são as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”.

²⁵ Fenômeno não são apenas as coisas materiais que percebemos, imaginamos ou lembramos, porque são parte de nossa vida. Também não são apenas as coisas naturais. Constituem-se também em coisas puramente ideais ou idealizações, ou seja, coisas que existem apenas no pensamento. Os fenômenos também são constituídos por coisas criadas pela ação e pela prática humana (técnicas, artes, instituições sociais e políticas, crenças religiosas, valores morais etc), vale dizer, o resultado da vida e da ação humana. Nesse sentido, Cf. CHAUÍ, Marilena. Convite à filosofia, 1995, p. 238.

²⁶ Segundo Coelho (2003., p. 66), “a melhor doutrina costuma adotar a expressão ‘direitos humanos’ para designar os direitos do ser humano num plano global; a expressão ‘direitos fundamentais’ para designar os direitos humanos garantidos nas constituições; a expressão ‘direitos básicos do ser humano’ para designar aqueles direitos que são essenciais à concretização da condição humana de

1.4.2 Direitos Humanos e Direitos Fundamentais

Sobre o uso indistinto das expressões "direitos humanos" e "direitos fundamentais" leciona Bonavides (1993, p. 514):

A primeira questão que se levanta com respeito à teoria dos direitos fundamentais é a seguinte: podem as expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais serem usadas indiferentemente? Temos visto nesse tocante o uso promíscuo de tais denominações na literatura jurídica, ocorrendo, porém, o emprego mais freqüente de direitos humanos e direitos do homem entre autores anglo-americanos e latinos, em coerência, aliás, com a tradição e a história, enquanto a expressão direitos fundamentais parece ficar circunscrita à preferência dos publicistas alemães.

A doutrina alemã²⁷ vem concebendo os Direitos Fundamentais como a síntese das garantias individuais contidas na tradição dos direitos políticos subjetivos e nas exigências sociais derivadas da concepção institucional do direito. Frente a essas caracterizações dos Direitos Fundamentais que buscam situá-los no plano da estrita positivação, também se pugna pelo reconhecimento de sua natureza ambivalente, de modo a considerá-los como resultantes das exigências da filosofia dos Direitos Humanos com sua inserção normativa no direito positivo.

Sem embargo de tais posições, como aponta Moraes (1997, p. 140), o posicionamento doutrinário majoritário distingue os Direitos Humanos dos Direitos Fundamentais com base no grau de concretização positiva dessas categorias. Vale dizer, os Direitos Humanos não seriam dotados de delimitação espacial ou temporal, ao passo que os Direitos Fundamentais corresponderiam a um conceito preciso e estrito, dotados de um maior grau de concretude em relação àqueles, uma vez que são acolhidos explicitamente pelo ordenamento jurídico estatal.

Com efeito, concebem-se os Direitos Fundamentais como prerrogativas conferidas ao indivíduo pelo constituinte em face do Estado e da sociedade, sendo, portanto, essenciais à promoção da dignidade da pessoa humana, vez que, por

existência. Assim, a expressão 'direitos humanos fundamentais' indica os direitos humanos consagrados na Constituição de um país."

²⁷ Cf. Peter Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur lehre vom Gesetzesvorbehalt*, Muller, Karlsruhe, 2ª ed., 1972, pp. 20 ss.

estarem plasmados no texto constitucional, acabam por receber proteção concreta por parte do ordenamento jurídico e de suas instituições.

De toda sorte, alerta Perez Luño (1999, p. 31) que há uma tendência a reservar a denominação 'direitos fundamentais' para designar os Direitos Humanos positivados em nível interno, tanto que a expressão "direitos humanos" é mais usual no plano das declarações e convenções internacionais.

Como se vê, as diferenças entre as expressões 'direitos humanos' e 'direitos fundamentais' não permitem traçar uma linha que os diferencie em essência, limitando-se a delinear contornos referentes à constitucionalização dos Direitos Fundamentais, de modo que não se pode inferir que estejam tais direitos em esferas estanques, incomunicáveis entre si, vez que não raro os Direitos Humanos protegidos na seara internacional encontram matriz nos Direitos Fundamentais consagrados nos textos constitucionais dos Estados, ao passo que estes também acabam por inserir em seus ordenamentos internos Direitos Humanos internacionalmente proclamados.

1.4.3 Os Direitos Humanos e outros conceitos afins: direitos naturais, direitos subjetivos, direitos públicos subjetivos, direitos individuais e liberdades públicas

Sob o aspecto da gênese dos Direitos Humanos, reveste-se de importância a questão de sua relação com os Direitos Naturais. É que para o jusnaturalismo, a teoria dos Direitos Humanos surge como um prolongamento dos Direitos Naturais. Já para os positivistas esta implicação não só inexistente como também há entre eles uma verdadeira ruptura.

Não obstante tais divergências, há uma tendência de se considerar que o termo 'direitos humanos' encerre um significado mais amplo dos que os 'direitos naturais'. Nesse sentido é o ensinamento de Paine (1944, p. 61):

Los derechos humanos constituyen la conjunción de los derechos naturales, aquellos que le corresponden al hombre por el mero hecho de

existir, y los derechos civiles, aquellos que le correspondan al hombre por el hecho de ser miembro de la sociedad²⁸.

Outra noção muita próxima dos Direitos Humanos é a dos direitos subjetivos, vale dizer, da faculdade de agir vinculada à vontade do particular. Para os que entendem que os direitos subjetivos são expressão de todos os atributos da personalidade, os Direitos Humanos seriam uma subespécie daqueles, ou seja, constituir-se-iam nos direitos subjetivos diretamente relacionados às faculdades de autodeterminação do indivíduo (PEREZ LUÑO, 1999, p. 31).

Outra vez é preciso encarar criticamente essa aparente sinonímia entre as expressões para se concluir que, em verdade, os Direitos Humanos, dada a sua inalienabilidade e a sua imprescritibilidade, são irrenunciáveis. Ora, os direitos subjetivos são, por essência, renunciáveis e passíveis de transferência, o que permite concluir que não incluem em seu catálogo direitos inerentes à personalidade.

De igual sorte, também não se confundem 'direitos humanos' e 'direitos públicos subjetivos'. Tal categoria, elaborada pela doutrina alemã do final do século XIX, intenta inserir os Direitos Humanos em um sistema de relações jurídicas entre o Estado e os particulares. Os direitos públicos subjetivos surgiram com a intenção de situar a teoria dos Direitos Humanos dentro de um marco estritamente positivo, à margem de qualquer influência ideológica jusnaturalista. O caráter técnico dessa figura, todavia, mostra-se como uma categoria histórica adaptada ao funcionamento de um determinado tipo de Estado – o Estado Liberal de Direito. Desse modo, essa idéia de auto-limitação do Estado em benefício de determinadas esferas de interesses privados perde sentido na medida em que restou superada pela própria dinâmica econômico-social dos nossos tempos, na qual o gozo de Direitos Fundamentais exige, cada vez mais, políticas jurídicas ativas por parte dos poderes públicos (PEREZ LUÑO, 1999, p. 33).

Ainda nesse intuito de diferenciação das expressões, também não se há de confundir os Direitos Humanos com os chamados 'direitos individuais'. De fato, as expressões foram empregadas como sinônimas no período em que se identificavam os Direitos Humanos com o reconhecimento de determinadas liberdades vinculadas

²⁸ Tradução livre: Os direitos humanos constituem a junção dos direitos naturais, aqueles que correspondem ao homem pelo mero fato de existir, e dos direitos civis, aqueles que correspondem ao homem devido a ser membro da sociedade.

à autonomia dos indivíduos. Para a ideologia liberal o indivíduo é um fim em si mesmo, enquanto a sociedade e o Direito não são senão meios postos a seu serviço para facilitar o êxito de seus interesses. Nesse contexto, os ‘direitos individuais’ são considerados em sentido eminentemente negativo como uma mera garantia de não-ingerência estatal na esfera individual, sendo chamados por Jellinek (1974, p. 94) de *status libertatis*. Dada a sua analogia com os direitos públicos subjetivos, tem-se que pelas mesmas razões, o conceito de ‘direitos individuais’ foi superado e seu emprego progressivamente abandonado.

Por fim, também se faz necessário distinguir os Direitos Humanos das chamadas ‘liberdades públicas’. O termo *libertes publiques* apareceu na França no final do século XVIII e foi expressamente utilizado, no singular, no art. 9º da Constituição Francesa de 1793²⁹. A distinção entre os termos, mais uma vez, cinge-se ao caráter estritamente jurídico-positivo das liberdades públicas. Com efeito, os Direitos Humanos e as liberdades públicas não coincidem. Em primeiro lugar, não se situam no mesmo plano, porquanto as liberdades públicas são apenas aqueles Direitos Humanos positivados; em segundo lugar, porque não têm o mesmo conteúdo, haja vista que os direitos sociais não podem ser considerados liberdades públicas, ao passo que constituem Direitos Humanos³⁰. Também é preciso consignar que o próprio termo ‘liberdades públicas’ carece de sentido, vez que toda liberdade requer, para o seu exercício, a intervenção do Estado, pelo que resulta desnecessário insistir no caráter público da liberdade, sob pena de se ter de responder o que seriam as liberdades privadas, sabidamente inexistentes.

Estabelecidas essas distinções, torna-se possível esboçar que os Direitos Humanos são, como afirma Perez Luño (1999, p. 48):

um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos, nos planos nacional e internacional.

²⁹ *In verbis*: “La loi doit protéger la liberté publique et individuelle contre l’oppression de ceux qui gouvernent” (Art. 9º da Constituição francesa de 1793). No vernáculo: “A lei deve proteger a liberdade pública e individual contra a opressão dos que governam” (*in* COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 4ª ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006, p. 158, trad. do autor).

³⁰ Cf. RIVERO, Jean. *Lês libérés publiques, 1. Les droits de l’homme*. PUF, Paris, 1973, p. 16.

Dessa definição, que particularmente realça o sentido histórico dos Direitos Humanos, depreende-se também o enfoque quanto ao conteúdo desses direitos, sempre centrados nas reivindicações por dignidade, liberdade e igualdade, em distintos momentos de sua evolução, como pontos de referência das faculdades e instituições que se dirigem ao reconhecimento e afirmação da dimensão moral da pessoa humana. Aludir-se, ainda, à necessidade de positivação, por sua vez, não é incorrer em um enfoque formalista, na medida em que tal positivação deve ser entendida como técnica de proteção e garantia dos Direitos Humanos, de modo que sua noção geral, de cunho jusnaturalista no tocante à sua fundamentação, esteja conjugada com mecanismos de proteção oriundos de sua positivação, aptos a proporcionar a medida do seu exercício.

Firmada, portanto, a sua delimitação conceitual, importa, agora, identificar as características desses direitos, conforme se verá a seguir.

1.5 Características dos Direitos Humanos

Como aduz Piovesan (2007, p. 140), a definição do que sejam os Direitos Humanos aponta para uma pluralidade de significados, considerando sua historicidade. Suas diversas concepções tanto justificaram discursos totalitários quanto ações tidas por democráticas, isso em razão de a atribuição do sentido estar incluída na seara da linguagem jurídica.

Ao que parece, o relevante papel que os Direitos Humanos exercem como conceito-chave na ordem política e jurídica contribui para seu desdobramento em dialética própria, uma vez que o conceito passa a ter definições cada vez mais complexas e multiformes.

Deveras, a agregação de valor aos Direitos Humanos, seu significado central para a compreensão democrática da sociedade e sua inclusão na pregação ético-social das comunidades religiosas levam a que sejam formulados diferenciados conceitos, não raramente contraditórios, acerca do que sejam de fato os Direitos Humanos.

Ensina Cademartori (1999, pp. 33-35), que os Direitos Humanos teriam as seguintes características:

a) podem ser entendidos como "prerrogativas que tem o indivíduo em face do Estado"[...]; b) são frutos de uma concepção *individualista* da sociedade, a qual postula que o Estado surge a partir do acordo entre indivíduos livres e iguais [...]; c) são direitos *históricos*, já que se inserem dentro de um momento histórico dado, qual seja, a fase que se desenvolve do Renascentismo até nossos dias; d) o seu fundamento de validade não é um dado objetivo extraível da natureza humana, mas o consenso geral dos homens acerca da mesma [...]; e) são inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis; f) são *inclusivos*, isto é, não pode cada um gozar dos mesmos se simultaneamente os outros também não usufruem deles.

A respeito de tais características Mazzuoli (2001, pp. 86-89) explica que pela irrenunciabilidade a autorização do seu titular não tem o condão de justificar ou convalidar a sua violação. Acrescenta ainda o fato de serem os direitos humanos inexauríveis, no sentido de que têm a possibilidade de expansão, a eles podendo ser sempre acrescentados novos direitos, a qualquer tempo.

Com efeito, as características aqui enumeradas apontam para uma pluralidade de significados, da qual, considerando sua historicidade, se opta pela concepção contemporânea, introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993, fundada num duplo pilar baseado na universalidade e indivisibilidade desses direitos.

Diz-se universal porque a condição de pessoa há de ser o requisito único para a titularidade desses direitos, afastada qualquer outra condição; e indivisível, porque os direitos civis e políticos não de ser somados aos direitos sociais, econômicos e culturais, já que não há verdadeira liberdade sem igualdade e nem tampouco há verdadeira igualdade sem liberdade (PIOVESAN, 2007, p. 92).

Na classificação preconizada por Luigi Ferrajoli (1995, pp. 33-34), os Direitos Humanos são tidos como a primeira emanção dos Direitos Fundamentais, vinculando, assim, tanto a atividade positiva como negativa do Estado. Constituem, nas palavras do autor (*op. cit.*, p. 44), "os direitos primários das pessoas, extensíveis a todos os seres humanos, incluindo os direitos sociais e os direitos individuais."

Nesse contexto, considerando os Direitos Humanos como Direitos Fundamentais, tem-se que sua observância material é obrigatória no âmbito do Estado Democrático de Direito. Sob tal perspectiva, pode-se dizer que os Direitos

Humanos, são, por natureza, fundamentais, tendo por conteúdo os valores supremos do ser humano e a prevalência da dignidade humana (conteúdo material), revelando-se essenciais também pela sua especial posição normativa (conteúdo formal), o que permite a revelação de outros Direitos Fundamentais fora do catálogo expresso na Constituição³¹.

A partir dessas características dos Direitos Humanos, irrenunciáveis, imprescritíveis e inexauríveis, encontram-se eles também inseridos em um crescente processo de declaração de condições mínimas “para o estabelecimento de uma sociedade que impeça a reedição das atrocidades cometidas no passado, mormente nas recentes guerras mundiais, de cunho humanístico” (TRINDADE, 1998, p. 56). Ao entendê-los assim, não se pode desconsiderar os valores próprios de cada cultura. Pelo contrário, a cultura é referência decisiva na constituição da significação dos Direitos Humanos em cada povo. É o que será tratado a seguir.

1.6 Os Direitos Humanos e o pluralismo cultural

Do que se disse no item anterior no tocante às características dos Direitos Humanos, pode-se inferir que as diferenças políticas e culturais emergem, assim, na forma de controvertidas interpretações desses direitos. Isso porque o pluralismo cultural surge, hodiernamente, como o maior desafio no tocante à universalização dos Direitos Humanos. A discussão intercultural sobre direitos humanos ganhou relevância com a fixação desses direitos na Carta das Nações Unidas, pois ampliou seu horizonte além da tradição cultural e religiosa européia e norte-americana.

Acerca do desafio imposto pelo pluralismo cultural para assegurar a universalidade intercultural dos Direitos Humanos, Bielefeldt (2000, p. 27) formula interessantes questionamentos,

Destaco três questões. Primeiramente, surge a pergunta pela origem ‘ocidental’ dos direitos humanos: estão eles atrelados necessariamente às

³¹ É justamente essa visão de que o rol dos Direitos Fundamentais expressamente admitidos pela Constituição Federal não exclui outros decorrentes de Tratados Internacionais de que o Brasil seja parte que irá servir de base, neste estudo, para a afirmação de que as normas oriundas de Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos gozam de *status* materialmente constitucional, ampliando, portanto, o bloco de constitucionalidade dos Direitos Fundamentais expressos.

condições culturais da tradição ocidental ou a um racionalismo ocidental específico, por terem surgido na Europa e na América do Norte? Conseqüência desse pensamento poderia ser que sua validade universal seja ou ilusória ou ligada à tendência imperialista-cultural de negar a multiplicidade cultural. A segunda questão refere-se à acentuada valorização da liberdade como direito individual: devem os direitos humanos ser entendidos como expressão de uma imagem humana individualista que, novamente, está carregada de traços específicos do ocidente? Finalmente, a terceira pergunta relaciona-se com o fato de que os direitos humanos podem ser chamados de 'antropocêntricos', visto que somente o ser humano é o sujeito de direitos: uma cosmovisão antropocêntrica, possivelmente de cunho ocidental e que se oponha às tradições teocêntrica ou cosmocêntrica, é condição para a consecução desses direitos?

Nesse contexto, a fim de não deixar cair em demasiada abstração a discussão sobre se o pluralismo cultural configura óbice à universalização dos direitos humanos, deve-se, antes de tudo, verificar quem realmente define ou propaga politicamente certas identidades culturais, com que interesses o faz e com qual legitimação, porquanto tal discurso parece mais um golpe de elites dominantes interessadas na manutenção do poder do que, efetivamente, barreira intransponível à universalização dos direitos humanos, sobretudo se se considerar que a interculturalidade não se desenvolve dentro de linhas preestabelecidas, mas sim no encontro de uma cultura com outra, na dialética entre aquilo que lhe é próprio e o desconhecido.

Essa tomada de posição se faz imprescindível, uma vez que a divergência mais freqüente entre os doutrinadores que se contrapõem à idéia do universal reside na afirmação do propagado conceito de *particularismo*, que, por sua vez, muitas vezes é confundido com o *relativismo* e mesmo com o *multiculturalismo*.³²

Portanto, o fato é que, sem uma precisa determinação normativa dos Direitos Humanos e das relações entre eles e outros princípios políticos e jurídicos, corre-se o risco de esvaziamento de seu conteúdo e perda de sua efetividade por

³² Optar pelo *relativismo* como justificação, implica partir da premissa de que não é possível o estabelecimento de nenhuma verdade. O relativista é, em última análise, um cético, por estar convicto da impossibilidade de instrumentalização de uma justificação com pretensão de universalidade. O *particularismo* pode ser visto como oposto ao universal, podendo ser considerado uma espécie de *relativismo*, se assumir a tese de que não há possibilidade de estabelecimento de verdades universais. Para os que defendem a posição do *particularismo*, o limite da verdade particular é a fronteira da própria comunidade, não existindo nada em comum que não seja fruto de orientação axiológica forjada na própria cultura, ou seja, que não esteja condicionado pelas tradições culturais daquele povo. O *multiculturalismo*, por sua vez, é um fenômeno contemporâneo, que tem possibilitado a convivência pacífica entre culturas distintas, em um mesmo lugar, e não está na esfera da fundamentação filosófica. Cf. MEDEIROS, 2007, pp. 49-51. Expostas as referidas posições, assume-se que, neste estudo, elege-se na ordem da fundamentação uma orientação universalista dos Direitos Humanos, que merece ser mediada pela cultura em que estiver inserida.

ponderações reais impostas por outros princípios concorrentes, ou até dissolução em difusa e inútil retórica sobre o tema.

1.7 Classificação dos Direitos Humanos

Como já se assinalou, o panorama histórico em que se desenvolveram os Direitos Humanos teve seu principal momento político a partir do século XVIII, com a Revolução Francesa, e redundou naquilo que hoje é conhecido como a construção histórica das dimensões³³ dos Direitos Humanos.

O perfil normativo dos Direitos Humanos compõe-se da reivindicação por universalidade e da sua tendência a tornar suas metas como jurídicas. Desde o lema da revolução de 1789 – Liberdade, Igualdade, Fraternidade, até o estabelecido no art. 1º da Declaração Universal de 1948, "Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade"³⁴, sempre a tais postulados se retorna quando se deseja dar conteúdo aos Direitos Humanos.

Com efeito, costumam-se dividir os Direitos Humanos Fundamentais em quatro dimensões, todas com características próprias dos momentos históricos que as inspiraram. Tal divisão tem por objetivo captar tais direitos em seus aspectos de cumulatividade evolutiva, de unidade e indivisibilidade, sob o pálio da complementaridade em razão da prevalência da idéia de garantia da condição humana de existência.

Os direitos de primeira dimensão, explica Bonavides (1993, p. 516):

São direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente. [...] Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos

³³ Adota-se aqui a nomenclatura 'dimensões' – e não gerações – por se entender, na esteira do que leciona Bonavides (1993), que tal expressão traduz melhor a idéia de que uma categoria não substitui a outra, havendo, em verdade, um somatório de qualificações e um desenvolvimento dialético dos Direitos Humanos.

³⁴ In COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 4ª ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006, p. 232, trad. do autor).

da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Deveras, como bem acentua Sarlet (2001, p. 48), nesta fase de constituição histórica dos Direitos Humanos emergem em importância os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade frente à lei, sempre baseados no indivíduo como ser livre e autônomo na sua vida civil e política. Trata-se, portanto, da proteção de tais direitos como direitos negativos, tendentes à não intervenção estatal sobre a liberdade individual.

Ainda no século XIX começou a ganhar corpo o movimento social dos trabalhadores da cidade, agrupados em virtude dos processos econômicos de industrialização e concentração do comércio. Em contrapartida à ascensão do indivíduo, as mudanças oriundas das revoluções tornaram-no muito vulnerável às novas condições de vida. A sociedade liberal ofereceu-lhe em troca a segurança da legalidade, com a garantia da igualdade de todos perante a lei. Mas, essa isonomia formal cedo se revelou insuficiente para a crescente legião de trabalhadores compelidos a se empregarem nas empresas capitalistas. O resultado dessa atomização social foi a pauperização das massas proletárias, já na primeira metade do século XIX, o que acabou por fomentar a organização de movimentos da classe trabalhadora.

De tais movimentos surgiram as reivindicações de cunho social. Não bastava, portanto, que se imaginasse a igualdade individualizada na vida civil e política, pois se ela não repercutisse também nas condições materiais de existência no mundo, a possibilidade e as garantias de efetivação de direitos individualizados seria ínfima.

Nesse cenário, os direitos ditos de segunda dimensão voltam-se à igualdade material nas condições de vida, outorgando direitos a prestações sociais estatais. Caracterizam-se, pois, como direitos positivos, a exigir do Estado uma ação positiva, destinada à busca de sua efetivação. São identificáveis como direitos prestacionais e de garantia de liberdades sociais e de direitos fundamentais aos trabalhadores.

Acerca dos chamados direitos de segunda dimensão, Bonavides (1993, p. 516) tece o seguinte ensinamento:

Os direitos de segunda geração merecem um exame mais amplo. Dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado Social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula. [...] De juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade. Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

O reconhecimento dos Direitos Humanos de caráter econômico e social foi o principal benefício que se obteve do movimento socialista, iniciado na primeira metade do século XIX. O titular desses direitos, com efeito, não é o ser humano abstrato, com o qual o capitalismo sempre conviveu pacificamente, mas sim o conjunto dos grupos sociais assolados pela miséria e pela marginalização.

Em razão do seu caráter eminentemente anticapitalista, os direitos de segunda dimensão só puderam prosperar a partir do momento em que os donos do capital foram obrigados a compor com os trabalhadores. Talvez por isso, já desde o final do século XX, se venha experimentando transformações tão radicais nas condições de produção, dispensando-se cada vez mais a força de trabalho e privilegiando o lucro especulativo, o que, inegavelmente, acaba por enfraquecer os limites de respeito a tais direitos em quase todo o mundo.

Por sua vez, denominam-se de terceira dimensão os direitos que emergiram já no século XX, a partir do aumento da complexidade das relações sociais e políticas entre as camadas sociais e os países, de modo a complementar os demais Direitos Humanos. Tais direitos voltam-se à coletividade. Sua característica distintiva consiste na sua titularidade coletiva ou difusa, tal como ocorre no tocante aos direitos à paz entre os povos, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento social e econômico de todos na coletividade, à preservação do meio ambiente e ao incremento da qualidade de vida (BONAVIDES, 1993, p. 481).

Constituem-se, no dizer de Bonavides³⁵, de direitos "dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade". Os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se como direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.³⁶

Por fim, merece anotação a lição de Bonavides³⁷ que fala ainda em uma *quarta geração* de direitos. Diz ele:

O Brasil está sendo impelido para a utopia deste fim de século: a globalização do neoliberalismo, extraída da globalização econômica. [...] Há, contudo, outra globalização política, que ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos fundamentais. [...] Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. [...] São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito do pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. [...] Os direitos de quarta geração não somente culminam a 'objetividade' dos direitos das gerações antecedentes como absorvem – sem, todavia, removê-la – a 'subjatividade' dos direitos individuais, a saber, os direitos da primeira geração. [...] Enfim, os direitos da quarta geração compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão-somente com eles será legítima e possível a globalização política.

Definido o conteúdo dessas quatro dimensões dos Direitos Humanos, na tríade liberdade, igualdade e fraternidade (ou solidariedade), impõe-se saber se, de fato, estão definidos tipos diversos de direitos. Se afirmativa a resposta, poder-se-ia imaginar que a *primeira dimensão* definiu os direitos civis e políticos da liberdade, no século XVIII. No decorrer do século XIX, a *segunda* alcançou os direitos sociais e econômicos a partir da idéia da igualdade e que, no final do século XX, entrou em pauta a consecução dos direitos à solidariedade para as terceira e quarta dimensões.

Entretanto, tal visão não pode ser considerada absoluta. Conforme sustenta Bielefeldt (2000, p. 114), a liberdade, a igualdade e a solidariedade somente adquirem força crítica e sistemática se elas não forem apenas

³⁵ *Ibidem*, p. 521.

³⁶ *Ibidem*, p.516/525.

³⁷ *Ibidem*, p. 525.

consideradas aditivas ou contrapontos entre si, mas se forem entendidas como momentos estruturais condicionantes de um único princípio dos Direitos Humanos.

Nesse contexto, não se há de falar, na expressão de Bielefeldt (2000, p. 115), em soma de liberdade e igualdade, no que o mais representa uma necessidade de acordo entre ambas, “mas sim de liberdade como igualdade, ou, ainda, de igualdade na liberdade”. Liberdade, igualdade e solidariedade formam, pois, uma estrutura com unidade interna. Não estão apenas juntas em uma relação de complementação ou relativização, mas são elementos que se esclarecem reciprocamente. No âmbito dos Direitos Humanos, não pode haver liberdade sem igualdade, sob pena de aquela ser um privilégio e não um Direito Humano. A recíproca também procede, vez que uma igualdade não direcionada à liberdade não pode ser considerada como princípio de Direito Humano, porquanto nesses direitos sempre importa o reconhecimento político e jurídico da autonomia responsável.

Essa autonomia responsável, por sua vez, exercida dentro do direito à liberdade igual para todos, somente se esclarece a partir do conceito de solidariedade, que não permite possa a autonomia referir-se a indivíduos isolados, mas sim à responsabilidade de todos por uma ordem política libertária e de participação paritária. Objetar-se, portanto, que as gerações de direitos induzam à idéia de sucessão – através da qual uma categoria de direitos sucede a outra que se finda. No dizer de Weis (1999, p. 43):

A realidade histórica aponta, em sentido contrário, para a concomitância do surgimento de vários textos jurídicos concernentes a direitos humanos de uma ou outra natureza. No plano interno, por exemplo, a consagração nas Constituições dos direitos sociais foi, em geral, posterior a dos direitos civis e políticos, ao passo que no plano internacional o surgimento da Organização Internacional do Trabalho, em 1919, propiciou a elaboração de diversas convenções regulamentando os direitos sociais dos trabalhadores, antes mesmo da internacionalização dos direitos civis e políticos no plano externo.

Afasta-se, pelos motivos expostos, a visão fragmentária e hierarquizada das diversas categorias de Direitos Humanos. Além da imprecisão do termo “gerações” em face da idéia contemporânea de Direitos Humanos, essa visão segmentada dos aludidos direitos pode ainda se prestar a justificar políticas públicas que não reconhecem a indivisibilidade da dignidade humana, gerando atuação estatal em um determinado setor em detrimento de outro, com desrespeito, em regra, dos direitos sociais e culturais.

Feitas essas considerações, os capítulos seguintes se prestarão a esclarecer se, no terreno dos chamados Direitos Fundamentais, isto é, os Direitos Humanos reconhecidos expressamente pela autoridade política no bojo do texto constitucional, e na seara daqueles introduzidos no ordenamento interno por meio de Tratados Internacionais, existe uma hierarquia normativa.

Com efeito, o que se pretende é saber se, no tocante aos Direitos Humanos, o Direito Internacional prevalece sobre o Direito Interno, ou se se trata de duas ordens jurídicas paralelas. Em qualquer dos casos, urge compreender como resolver os eventuais conflitos normativos entre o Direito Internacional e o Direito Interno, quando o assunto disse respeito aos Direitos Humanos.

Surge, assim, a discussão sobre a maneira pela qual ocorre a incorporação dos Direitos Humanos ao ordenamento jurídico interno. Interessa, para os limites do próximo capítulo, a compreensão da maneira pela qual o Direito Internacional e o Direito Interno pátrio se relacionam quanto ao exame da matéria, sobretudo pela compreensão de que se devem tutelar os Direitos Humanos na sua máxima extensão.

2 AS RELAÇÕES ENTRE OS TRATADOS INTERNACIONAIS E O ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO NO BRASIL COM ENFOQUE NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

2.1 Noções introdutórias

A necessidade de convivência e cooperação entre as nações, o incremento nas relações econômicas, o estabelecimento de um mercado mundial e a redução da importância de barreiras políticas e culturais, notadamente marcadas pela globalização, torna inquestionável a importância da sociedade internacional nos dias atuais.

As transformações são levadas a efeito em diversas frentes: a) na inclusão e participação efetiva de atores não-estatais nos processos de tomada de decisões dos Estados, como ocorre com a influência dos grandes conglomerados transnacionais; b) na velocidade das informações em razão dos avanços tecnológicos; c) no estabelecimento de acordos comerciais; d) na formação de blocos regionais de integração econômica; e) na especulação de mercados e do capital, dentre outras situações.

Como se pode notar, a internacionalização passou a ser uma das marcas do nosso tempo. A Constituição Federal brasileira de 1988, neste passo, reconhece a importância do fenômeno, tanto que estabelece os princípios³⁸ que devem nortear o país em suas relações com outros Estados e organismos.

³⁸ Art. 4º da Constituição brasileira de 1988, *in verbis*:

“A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I – independência nacional;

II – prevalência dos direitos humanos;

III – autodeterminação dos povos;

IV – não intervenção;

V – igualdade entre os Estados;

VI – defesa da paz;

VII – solução pacífica dos conflitos;

IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

X – concessão de asilo político.

Parágrafo único: A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.” *In* BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2006.

O fenômeno da internacionalização, todavia, não se restringe apenas ao âmbito das relações econômicas. Também o Direito é diretamente influenciado pelas decisões tomadas pela comunidade internacional³⁹, de forma que os destinos dos ordenamentos jurídicos internos dos Estados também passam a sofrer interferência do que ocorre além de suas fronteiras.

Tal influência demonstra, em verdade, que este novo cenário das relações jurídicas internacionais acaba por relativizar o conceito de soberania⁴⁰, fazendo com que surja a necessidade de implementação de um conjunto de normas que estabeleçam, na seara internacional, a proteção da pessoa humana, de modo a preservar valores considerados universais.

Aqui emergem como de suma importância os tratados internacionais. É que o papel das relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno é decisivo para evitar soberanias absolutas ou mesmo a soberania de um pretense Estado Mundial. Ao serem responsáveis pela ligação destas duas esferas, os tratados desempenham a função de incorporar mais intensamente valores muitas vezes contrapostos.

É o desenvolvimento desse corpo normativo internacional, sobretudo com enfoque na proteção dos direitos humanos, que fundamenta as próximas linhas desta dissertação, no sentido de buscar esclarecer como se dá o processo de formação e incorporação dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro e como o sistema doméstico os recebe e garante a sua efetividade.

Portanto, o objetivo do estudo, neste capítulo, é analisar o relacionamento entre o Direito Internacional e o Direito Interno no que tange ao conflito entre as normas internas, ainda que de natureza constitucional, e os tratados internacionais, sobretudo aqueles que versem sobre Direitos Humanos.

³⁹ A ordem jurídica internacional é marcada por algumas características: a) a inexistência de um poder central que garanta o cumprimento das normas; b) não se concebe a existência de um poder legislativo, vez que as normas de direito internacional são elaboradas por seus próprios destinatários; c) o direito externo é marcado pela coordenação e não pela subordinação, tal como ocorre no direito interno.

⁴⁰ A respeito da relativização do conceito de soberania, assevera Bonavides (1999, p. 123) que: “A crise contemporânea desse conceito envolve aspectos fundamentais: de uma parte, a dificuldade de conciliar a noção de soberania do Estado com a ordem internacional, de modo que a ênfase na soberania implicaria sacrifício maior ou menor do ordenamento internacional e, vice-versa, a ênfase neste se faz com restrições de grau variável aos limites da soberania, há algum tempo tomada ainda em termos absolutos; doutra parte, a crise se manifesta sob o aspecto e a evidência de correntes doutrinárias ou fatos que ameaçadoramente patenteiam a existência de grupos ou instituições sociais concorrentes, as quais disputam ao Estado sua qualificação de ordenamento político supremo, enfraquecendo e desvalorizando por consequência a idéia mesma de Estado”.

2.2 Os Tratados Internacionais

2.2.1 Conceito

Pode-se dizer, conforme sustenta Ariosi (2000, p. 17) que o tratado internacional é elemento decisivo na formação do sistema jurídico internacional. A própria organização da sociedade dos Estados se deve muito à evolução do uso do tratado, o qual tem sido considerado a mais importante fonte do Direito Internacional Público.

De fato, o tratado⁴¹ tem sido elemento exteriorizador da interdependência crescente nas relações internacionais. Foi no final do século XIX, com a multiplicação dos regimes republicanos e a progressiva constitucionalização das monarquias, que emergiu um cenário internacional propício para o desenvolvimento conceitual e institucional dos tratados.

A evolução na normatização dos tratados teve sua origem na Convenção sobre Tratados de Havana, em 1928. Seu maior alcance, todavia, se deu em 1969, com a Convenção de Viena⁴², em que se estabeleceram as normas que regem todos os aspectos referentes aos tratados, desde a capacidade das partes até a denúncia.

Quanto à definição⁴³ de tratado, no dizer de Sússekind (1983, p. 38):

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados conceitua tratado como o 'acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, constante de um instrumento único ou de dois ou mais instrumentos conexos e qualquer que seja sua denominação particular".

⁴¹ Pelo prisma histórico, o tratado é tão antigo quanto a existência das sociedades primitivas organizadas, tendo surgido a partir de uma necessidade prática, sob uma visão utilitarista do Direito. Segundo Ariosi (2000, pp. 18 e 19), "O primeiro registro da celebração de um tratado, considerado o mais seguro por todos os autores de DI, obviamente um tratado bilateral, diz respeito à paz entre Hatsul III, rei dos hititas, e Ramsés II, faraó egípcio da XIX dinastia. Esse tratado pôs fim às guerras nas terras sírias entre 1280 e 1272 a.C, e dispôs sobre a paz entre os dois reinos, aliança contra inimigos comuns, comércio, migrações e extradição."

⁴² A Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados só entrou em vigor em 27 de janeiro de 1980, quando se chegou ao quorum mínimo de trinta e cinco Estados-partes. No Brasil, o Executivo encaminhou ao Legislativo, em abril de 1992, o texto da Convenção para exame e aprovação.

⁴³ Rezek (1991, p. 14) define tratado como "Todo acordo formal concluído entre sujeitos do direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos"⁴³. Outro autor, cuja opinião é relevante, é Accioly (1991, p. 120), para o qual "acordos ou ajustes internacionais são atos jurídicos por meio dos quais se manifesta o acordo de vontades entre duas ou mais pessoas internacionais"⁴³.

O conceito de tratado não tem, portanto, caráter preciso, vez que, conforme sua forma, conteúdo, objeto ou fim, pode assumir outras denominações⁴⁴. O fato é que qualquer manifestação jurídica escrita firmada entre atores internacionais⁴⁵ e que expresse mútua vontade pode ser considerada com um tipo de tratado.

2.2.2 Classificação

Costuma-se classificar os tratados a partir de três elementos: a) o número de partes; b) o procedimento empregado na sua elaboração e c) a natureza das normas.

No que tange ao número de partes envolvidas em sua elaboração, os tratados podem ser classificados em bilaterais ou multilaterais, conforme sejam estabelecidos por duas ou mais partes envolvidas.

Mello (1992, p. 257) ensina que:

Até o século XIX os tratados eram bilaterais, e quando os Estados eram vários, se concluíam uma série de acordos bilaterais. Rousseau menciona uma forma transitória denominada 'tratado semicoletivo' (expressão de Basdevant) em que o Estado signatário, tendo interesses particulares, 'forma uma parte contratante distinta oposta ao conjunto dos outros signatários'. [...] O primeiro tratado multilateral, isto é, redigido em um único instrumento, foi o Ato Final de Viena, redigido em 9 de junho de 1815. Quoc Dinh, contudo, observa que o Ato Final do Congresso de Viena é apenas um 'instrumento geral' que reúne tratados particulares. Em 1856, o Tratado de Paris já possuía uma cláusula de adesão. A Paz de Paris, de 1856, foi o primeiro tratado multilateral negociado como tal e foi assinado pelos beligerantes e neutros.

A importância dessa classificação reside no fato de que os tratados multilaterais contêm cláusula de adesão, o que não existe nos tratados bilaterais.

⁴⁴ As denominações diversas dessas várias formas são, segundo Bevilacqua (1939, vol. 2, p. 13), "os tratados (na terminologia diplomática, os acordos de maior importância por seu objetivo no espaço e no tempo); as convenções (são acordos que versam sobre objetos mais específicos, de caráter não-político) e as declarações (acordos que exprimem a afirmação de um princípio, podendo ser uma manifestação unilateral do Estado)".

⁴⁵ Os teóricos das Relações Internacionais chamam as pessoas jurídicas ou não-jurídicas internacionais de atores internacionais. Assinala Ariosi (2000, p. 28) que esta terminologia decorre da parábola do teatro, na qual os atores internacionais encenam ou interagem dentro de um cenário próprio. Este cenário internacional é uma macroestrutura internacional.

Com isso, permite-se que outros Estados que não tenham participado necessariamente das negociações possam aderir ao tratado, na medida de seus interesses.

Relativamente ao procedimento empregado na elaboração, os tratados podem ser classificados em tratados em sentido estrito e em acordos simplificados. Estes últimos, os chamados acordos executivos, devido à sua relativa abrangência, não determinam a necessidade de ratificação, vale dizer, operam efeitos imediatos, independentemente de qualquer aquiescência dos Poderes Internos dos Estados.

Por fim, quanto à natureza das normas, os tratados podem ser contratuais ou normativos. Os primeiros estabelecem operações jurídicas, como ocorre, por exemplo, nos acordos comerciais. Já com os segundos criam-se regras jurídicas válidas e objetivas que irão reger os sujeitos de direito internacional que se encontrem na mesma situação fática neles prevista.

2.2.3 Elementos essenciais

Quatro, em geral, são os elementos considerados essenciais para que o tratado seja, sob o aspecto formal, considerado perfeito: a) consentimento das partes; b) habilitação dos agentes signatários; c) consentimento mútuo e d) objeto lícito e possível.

É cediça a lição segundo a qual apenas os Estados têm capacidade para firmar tratados. Entretanto, com o progresso das relações jurídicas internacionais e o surgimento de novos atores no cenário, outros sujeitos tiveram sua personalidade jurídica reconhecida, como é o caso das organizações internacionais.

Conquanto a Convenção sobre Tratados nada especifique acerca da capacidade das organizações internacionais para concluir tratados, o que se tem observado é a crescente incidência de tratados em que tais organismos figuram como partes. Segundo Rezek (1991, p. 18), “As partes, em todo tratado, são necessariamente pessoas de direito internacional público: tanto significa dizer os ‘Estados soberanos’ [...] e as organizações internacionais.”

De outro lado, para que possam expressar o livre consentimento válido de um Estado, os seus representantes devem estar legalmente investidos de poderes

para que haja o reconhecimento da possibilidade de assumirem um compromisso formal perante a comunidade internacional. Trata-se, assim, da habilitação dos agentes signatários perante os demais membros, para atuarem na formação e conclusão dos tratados em nome de determinado Estado.

No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 84, inciso VIII, atribui ao Presidente da República a competência privativa para, na qualidade de Chefe de Estado, celebrar tratados e convenções internacionais. Entretanto, para a fase de negociações e tratativas, alguns agentes públicos podem ser habilitados, desde que o Estado a ser representado lhes confira, para tanto, *plenos poderes*. A Convenção de Viena sobre tratados⁴⁶, de 1969, assim define o instituto:

“Plenos poderes” significa um documento expedido pela autoridade competente de um Estado, designando uma ou várias pessoas para representar o Estado na negociação, adoção ou autenticação de um texto de um tratado, para manifestar o consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado ou para praticar qualquer outro ato relativo a um tratado.

Também se considera elemento essencial de um tratado o consentimento mútuo. Com efeito, o direito internacional fundamenta-se precipuamente na livre manifestação da vontade dos sujeitos e no princípio da *pacta sunt servanda*. Nesse contexto, sem o consentimento mútuo, não há como prosperar um tratado, vez que este, uma vez perfectibilizado, garante a obrigatoriedade dos compromissos assumidos internacionalmente pelos Estados e os remete, portanto, à responsabilização perante a comunidade internacional em caso de descumprimento. Os vícios de consentimento dos atos de direito internacional são, assim, específicos, vez que as normas internacionais estabelecem um nível de interesse superior ao dos particulares.

Por fim, também são elementos de um tratado, determinantes de sua validade, a licitude de seu objeto e a possibilidade de sua consecução. Deveras, um tratado não poderá conter cláusulas que violem regras estabelecidas pelo direito internacional ou que afrontem os princípios constitucionais que estabelecem como o Estado deve se pautar em suas relações internacionais, sob pena de invalidade de suas disposições.

⁴⁶ In ARIOSI, Mariângela (2000, p. 238).

2.2.4 O Treaty-making Power

A fim de examinar, adiante, como se dá a relação entre os Tratados Internacionais e o Direito Interno no Brasil, cumpre, preliminarmente, analisar o modo pelo qual ocorre a formação e a incorporação de um tratado, vale dizer, o *iter procedimental* que vai da sua negociação até sua efetiva obrigatoriedade.

O chamado *treaty-making power* consiste em saber quem possui capacidade para concluir tratados. Em regra, o Direito Internacional reconhece tal capacidade às organizações internacionais, ao beligerantes, à Santa Sé e aos Estados.

Pela Constituição Federal brasileira de 1988, de acordo com o art. 52⁴⁷, não só o Estado Federal, mas também os Estados-membros, Municípios e o Distrito Federal podem concluir tratados de cunho financeiro com outros Estados-Nação, desde que obtenham o *referendum* do Senado Federal.

Quanto à capacidade para concluir tratados em nome do Estado, assinala Mello (1950, p. 260) que a têm: os Chefes de Estado, Ministros das Relações Exteriores, os representantes acreditados pelos Estados em conferências e organizações internacionais, os chefes de missões diplomáticas junto ao Estado em que se encontrem acreditados (desde que o tratado venha a ser celebrado entre o Estado acreditando e o acreditado) e, por fim, os secretários-gerais e os adjuntos para organizações internacionais.

Tal capacidade para concluir tratados é conferida pelos *plenos poderes*, os quais dão aos seus detentores o poder para tabular discussões, negociações e concluir tratados em nome do Estado. Os agentes que recebem os *plenos poderes* são denominados *plenipotenciários*⁴⁸. Uma vez concluída a fase de negociação multilateral, cabe aos Estados a decisão discricionária de assinar o instrumento convencional, com ou sem reservas, ou promover novos estudos no âmbito interno.

⁴⁷ “Art. 52. – Compete privativamente ao Senado Federal: [...] V – autorizar operações externas de natureza financeira de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios; [...] VIII – dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno.” *In* BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2006.

⁴⁸ No Brasil, tem vigorado o princípio da delegação de poderes aos Chefes de Missões Diplomáticas, passando a ser responsabilidade do Ministério das Relações Exteriores as negociações diplomáticas brasileiras. Essa atribuição é concedida pelo Decreto-lei nº 9.121, de abril de 1946, art. 1º, do capítulo I.

A assinatura de um tratado internacional, como ato de engajamento do Estado brasileiro no plano das relações internacionais, compete ao Chefe do Poder Executivo da União, no exercício das funções de Chefe de Estado, não obstante dita competência possa ser delegada a um plenipotenciário. No entanto, a mera assinatura do instrumento convencional não é suficiente para criar, de acordo com o modelo brasileiro, um vínculo obrigacional, nem no plano do Direito Internacional, nem no plano do Direito Interno, uma vez que, dado o caráter bifásico do procedimento de incorporação, é indispensável a aprovação do tratado pelo Congresso Nacional.

Uma vez convencido da conveniência e oportunidade de adesão do País a um determinado ato internacional, o Presidente da República envia ao Congresso Nacional uma Mensagem, acompanhada de Exposição de Motivos do Ministro de Estado das Relações Exteriores e do texto do tratado internacional a ser submetido à apreciação do Poder Legislativo.

2.2.5 A ratificação dos Tratados

A ratificação é o ato por meio do qual ocorre a confirmação do tratado, introduzindo-o ao ordenamento jurídico interno. Segundo Celso. de A. Mello (1992, p. 263), "a ratificação passou a ser considerada a fase mais importante do processo de conclusão dos tratados, porque é a troca ou o depósito dos instrumentos de ratificação que torna o tratado obrigatório." A importância da ratificação⁴⁹ para a validade dos tratados internacionais foi influenciada, sobretudo, pela adoção generalizada por parte dos Estados, da teoria da limitação horizontal dos poderes do Estado, que pugna por um sistema constitucional que restrinja os poderes do

⁴⁹ Sobre a ratificação, estabelece o art. 5º da Convenção de Havana sobre Tratados, de 1928, *in verbis*: "Os tratados não são obrigatórios senão depois de ratificados pelos Estados contratantes, ainda que esta cláusula não conste nos plenos poderes dos negociadores, nem figure no próprio tratado" (RODAS, J. G. "Alguns Problemas de Direito dos Tratados Relacionados com o Direito Constitucional à luz da Convenção de Viena", *in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra XIX – separata do suplemento -*, Coimbra, 1972).

Executivo na conclusão dos Tratados, exigindo expressa autorização do Legislativo⁵⁰.

Nesse contexto, o estabelecimento do modo pelo qual o tratado será incorporado pelo Direito Interno é objeto de disposições constitucionais de cada Estado. Com isso, há o agrupamento dos sistemas para a ratificação da seguinte forma: a) o que estabelece a competência exclusiva do Poder Executivo; b) o que consagra a primazia do Legislativo; c) o que estabelece a competência legislativa para ambos os Poderes, subdividido em c.1) o que determina a intervenção do Legislativo apenas em algumas espécies de tratados e c.2) o que obriga a intervenção do Parlamento em todos os tratados.

Feitas essas considerações, pode-se dizer que a formalização de um tratado obedece a duas fases. Na fase externa, há a assinatura pelos agentes públicos, determinando o estabelecimento de um compromisso do Estado signatário com a comunidade internacional. A vinculação ao cumprimento do ajuste, todavia, só se dará a partir de sua introdução no ordenamento jurídico doméstico. Na fase interna, a convalidação dos tratados é levada a termo pelo Chefe do Poder Executivo, mediante autorização específica do Legislativo, sempre considerando o princípio da separação dos poderes. Assim, como já se disse, a Constituição Federal de 1988 confere ao Presidente da República a competência para firmar tratados internacionais. Sua vontade, contudo, deverá ser apreciada pelo Congresso Nacional, que autorizará a incorporação do ajuste ao ordenamento interno.

O trâmite no Congresso Nacional é o mesmo para qualquer tratado que esteja submetido à aprovação. Realiza-se nas duas Casas, iniciando na Câmara dos Deputados com a leitura da Mensagem presidencial em Plenário, a qual, em seguida, é formalizada em processo autônomo e encaminhada para a Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional.⁵¹ No âmbito da citada Comissão, conclui-se pela apreciação do relatório e do parecer que propõe um projeto de Decreto

⁵⁰ Explica Medeiros (1983, pp. 114 e segs.) que até a Constituição de 1988, houve: a) durante a vigência da CF de 1946, 172 aprovações de atos internacionais multilaterais e 181 bilaterais, sendo que apenas 1 tratado foi rejeitado; b) na vigência da CF de 1967, foram aprovados 148 atos internacionais, sendo 127 multilaterais e 21 bilaterais; c) de 1969 a 1981, o Congresso Nacional aprovou 106 multilaterais e 186 bilaterais, dos quais 3 aprovações foram realizadas com reserva; De 1946 a 1981, apenas um tratado foi aprovado com emendas: o acordo de comércio e pagamento entre Brasil e Tcheco-Eslováquia, concluído em 1960, sendo que o governo tcheco aceitou as emendas, e o acordo foi promulgado em 1963.

⁵¹ BRASIL, *Regimento Interno da Câmara dos Deputados*, art. 32, XI, c. Disponível em < <http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/RegInterno.pdf>>. Acesso em 21 de novembro de 2007.

Legislativo sobre o texto do tratado internacional. Uma vez aprovado no âmbito da referida Comissão, o projeto de Decreto Legislativo segue para exame na Comissão de Constituição, Justiça e Redação⁵², sendo novamente discutido e submetido à nova votação no âmbito desta Comissão.

Aprovado nas mencionadas Comissões, o projeto de Decreto Legislativo é discutido e votado, em turno único, no Plenário da Câmara dos Deputados. O *quorum* para a votação é comum, vale dizer, exige apenas a presença da maioria absoluta. Aprovado pela maioria absoluta dos presentes, o projeto retorna à Comissão de Constituição, Justiça e Redação para redação final.⁵³ Só então a matéria segue para o Senado Federal, onde se submete ao mesmo trâmite produzido pela Câmara dos Deputados.

É possível que no Senado Federal, sejam apresentadas emendas ao projeto de Decreto Legislativo, no sentido de promover algum ajuste na redação, pois “tratando-se de correção formal que não atinge o conteúdo do projeto, o entendimento é de que não se torna necessário que retorne à Câmara, para reexame. Caso ocorresse mudança de mérito, este reexame seria obrigatório” (Martins, 1996, p. 267).⁵⁴

Referida mudança de mérito, ao que parece, não poderia consistir em emenda ao próprio texto do tratado internacional sob apreciação do Congresso, sob pena de se admitir uma simetria anômala entre o trâmite dos tratados internacionais e o da própria lei ordinária, a demonstrar a interferência indevida do Poder Legislativo na competência negocial privativamente atribuída pela Carta Constitucional ao Presidente da República.

A ser assim, forçoso reconhecer que, diante da divisão de competências para a celebração dos tratados internacionais, a sua apreciação pelo Congresso Nacional deve ser feita nos exatos termos da mensagem presidencial e do texto do instrumento internacional, quer para aprová-lo, quer para rejeitá-lo, em sua integralidade, de modo que a apresentação de emendas deve ser entendida como

⁵² BRASIL, *Regimento Interno da Câmara dos Deputados*, art. 32, III, a e d. Disponível em < <http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/RegInterno.pdf>>. Acesso em 21 de novembro de 2007.

⁵³ BRASIL, *Regimento Interno da Câmara dos Deputados*, art. 32, III, q. Disponível em < <http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/RegInterno.pdf>>. Acesso em 21 de novembro de 2007.

⁵⁴ MARTINS, 1996, p. 267.

verdadeira rejeição do ato internacional, a ensejar, por conseguinte, novas negociações pelo Poder Executivo.⁵⁵

No passo seguinte, no Senado Federal, aprovada a redação definitiva do projeto de Decreto Legislativo pela maioria absoluta dos Senadores presentes em Plenário e não havendo emendas, o texto será levado à promulgação e à publicação pelo Presidente do Senado Federal, no exercício da competência de Presidente do Congresso Nacional. Somente após esse referendo do Congresso Nacional⁵⁶ é que o Poder Executivo deverá manifestar-se, discricionariamente, sobre a oportunidade e conveniência da confirmação, em definitivo, e da intenção do Estado brasileiro em ser Parte no Tratado Internacional.

Não obstante a ratificação no Brasil dependa de autorização do Poder Legislativo, o art. 49, inciso I, da CF/88 tem ensejado questionamentos. Com efeito, qual seria o alcance da expressão "*resolver definitivamente sobre tratados internacionais*"? Estaria o Presidente da República obrigado a ratificar o tratado quando este foi referendado pelo Congresso Nacional?

Mazzuoli (2000, p. 10) entende que a expressão refere-se ao poder que é atribuído ao Legislativo para que este possa aprovar ou não os tratados submetidos à sua apreciação. Desse modo, o poder de ratificação, na verdade, não estaria nas mãos do Legislativo, mas sim do Executivo, a quem cumpriria a tarefa de ratificar os tratados internacionais, diante de manifesta autorização daquele⁵⁷.

Também a parte final do mencionado dispositivo, entendida literalmente, pode conduzir ao entendimento de que nem todos os tratados estariam sujeitos à apreciação do Congresso Nacional, mas somente aqueles que acarretassem *encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional*. Tal premissa não se sustenta. Com efeito, analisando tal disposição em posição sistemática com a

⁵⁵ Acerca do tema, questiona Sílvia Maria da Silveira Loureiro (2004, p.100): "De que adiantaria a aprovação do Congresso Nacional com restrições não formuladas pelos plenipotenciários ou com a adjunção de novas objeções, se o Governo poderá, julgando a inconveniência de traduzir estas limitações em reservas, decidir por não ratificá-lo, ou ainda, se derrubada pelo Parlamento reserva inicialmente proposta, o Governo poderá reformulá-la no momento da ratificação, sem a interferência do Congresso Nacional."

⁵⁶ Como determina o art. 49, inciso I, da Constituição Federal: "É da competência exclusiva do Congresso Nacional: resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional". *In* BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2006.

⁵⁷ Cachapuz de Medeiros (1983, p. 13) dá exemplos de tratados que, aprovados pelo Legislativo, não foram ratificados pelo Executivo. Foram as Convenções sobre Mar Territorial e a Zona Contígua; sobre o Alto Mar; sobre a Pesca e a Conservação dos Recursos Vivos do Alto Mar e sobre a Plataforma Continental, concluídas em 1958 e aprovadas pelo Congresso em 1968.

prevista no art. 84, inciso VIII⁵⁸, da Constituição Federal, mister concluir que a Constituição considera obrigatório o referendo do Congresso Nacional a todos os tratados, até mesmo pelo fato de que o sistema brasileiro fundamenta-se na independência harmônica entre os poderes, sem abandonar, no entanto, os mecanismos de controle que um exerce sobre o outro.

De toda sorte, o ato de ratificação dos tratados é discricionário, na medida em que se encontra relacionado à soberania estatal. A consequência de tal discricionariedade é o fato de que o Estado que não promove a ratificação de um tratado internacional não comete nenhum tipo de ilícito.⁵⁹ Cumpre assinalar, ainda, que a ratificação, além de unilateral e discricionária, é também irreatável, mesmo que o acordo não se tenha tornado vigente, e, às vezes, antes que a regra *pacta sunt servanda* haja começado a operar em sua plenitude (REZEK, 1991, p. 57).

Após a ratificação, no direito brasileiro, há a promulgação do Decreto pelo Presidente da República, determinando a execução do Tratado, cujo texto aí figura e é publicado no Diário Oficial. Tal Decreto, todavia, não se confunde com o Decreto Legislativo, de lavra do Congresso Nacional, vez que este último somente possui a função de aprovar ou não o tratado.

É em torno da promulgação do Decreto pelo Presidente da República que gira a difícil problemática de saber se tem ele o condão de transformar o Direito Internacional em Direito Interno ou se possui a função apenas de torná-lo público, sendo apenas um instrumento para dar essa publicidade.⁶⁰ A resposta a tal questionamento definirá como o Direito Interno encara o Direito Internacional,

⁵⁸ Art. 84, inciso VIII, da CF/88: “Compete privativamente ao Presidente da República: (...) VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;” *In* BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2006.

⁵⁹ Nesse sentido, dispõe o art. 7º da Convenção de Havana sobre Tratados: “A falta de ratificação ou a reserva são atos inerentes à soberania nacional e, como tais, constituem o exercício de um direito, que não viola nenhuma disposição ou norma internacional. Em caso de negativa, esta será comunicada aos outros contratantes.” *In* ARIOSI, Mariângela (2000, p. 238).

⁶⁰ Para os fins desta dissertação, entende-se que as normas de direitos fundamentais decorrentes de tratados internacionais integram-se ao texto constitucional desde o momento em que a República Federativa do Brasil adquira a condição de parte no dito tratado. Assim, o processo de incorporação ao direito brasileiro das normas de direitos e garantias fundamentais provenientes de tratados internacionais conclui-se com o ato de ratificação, ou seja, através do ato confirmatório do assentimento do Brasil em ser Parte do Tratado. Por conseguinte, a vigência do tratado no plano internacional por meio de depósito do instrumento de adesão ou ratificação, coincide com a vigência deste ato internacional no plano do próprio Direito Interno. Assim, o decreto presidencial, por esse prisma, não é ato essencial ao processo de internalização dos tratados sobre direitos humanos no direito brasileiro, conclusão a que se chega por força do disposto no art. 5º, §2º da Constituição Federal brasileira de 1988.

implicando a necessidade de se esclarecer se a postura adotada é de cunho monista ou dualista, conforme se verá a seguir. Seja como for, diante das diretrizes da política externa, uma vez se decidindo pela adesão, segue-se o necessário depósito do instrumento de adesão ou ratificação na respectiva Secretaria do organismo internacional correspondente.

2.3 Teorias sobre a relação entre os Tratados Internacionais e o Direito Interno

O que se tem observado é que o estreitamento das relações internacionais tem delineado um sistema que, ao mesmo tempo, mostra-se como elemento de coesão e de tensão nas relações entre os sujeitos internacionais. É elemento de coesão na medida em que colabora para a cooperação entre os atores internacionais e o equilíbrio das relações. Essa coesão, todavia, implica a harmonização das duas ordens, a interna e a externa. É exatamente neste ponto que pode ocorrer tensão, inversamente ao cenário da estabilidade, levando à contradição de interesses entre a ordem jurídica interna e a internacional.

Pode ocorrer, assim, um conflito de normas, já que a coexistência de duas ordens jurídicas diferentes nem sempre se dá de forma uniforme em todos os Estados, dependendo, portanto, de como os seus ordenamentos internos tratam a questão da eventual predominância ou não de um Direito sobre o outro. Vale dizer, havendo um conflito entre uma norma de direito internacional e outra de direito interno, qual delas deverá prevalecer?

Os esforços doutrinários para elucidar a questão podem ser agrupados em duas linhas⁶¹: os dualistas e os monistas. Os primeiros entendem que o direito internacional e o direito interno constituem noções diferentes, fundamentadas em duas ordens jurídicas diversas: interna e externa. Já os monistas compreendem que o direito internacional e o direito interno são elementos de uma única ordem jurídica,

⁶¹ Para Galindo (2002, p. 10) “Não é a toa que o debate entre monistas e dualistas esconde um debate sobre o próprio fundamento do Direito Internacional. Voluntaristas e não-voluntaristas, neste sentido, teriam posições distintas a respeito das relações entre Direito Internacional e Direito Interno. Enquanto os que visualizavam a formação do Direito Internacional apenas na vontade dos Estados poderiam ser enquadrados entre os dualistas, e os monistas com prevalência do Direito Interno; por outro lado, aqueles que não professavam a crença inabalável no consentimento do Estado a fim de formar as normas de Direito Internacional poderiam ser enquadrados entre os monistas com prevalência do Direito Internacional.”

de modo que haveria uma norma hierarquicamente superior, seja ela a de direito interno (monismo com prevalência do direito interno), seja a de direito internacional (monismo com prevalência do direito internacional).

A importância da discussão é incontestável, porquanto algumas normas jurídicas internacionais reclamam sua aplicação no direito interno e não podem encontrá-la em outra parte. Do mesmo modo, em muitos casos, o Direito Internacional se vê obrigado a considerar a existência e a validade de determinadas normas internas dos Estados. Não há, portanto, como negar a existência do problema.

Segue-se, pois, com os fundamentos de cada uma dessas correntes doutrinárias e o pensamento de seus principais expoentes, adotando-se postura crítica em relação às bases firmadas.

2.3.1 Teoria Dualista

Sob o ponto de vista histórico, o dualismo, ou pluralismo, foi a primeira teoria acerca do relacionamento entre o Direito Internacional e o Direito Interno. Nasceu vinculada ao seu tempo, na medida em que buscava explicar o isolamento do Direito Internacional frente ao Direito Interno⁶² nos primórdios do século XX.

O primeiro estudo acerca da existência de um conflito entre normas foi realizado por Karl Heinrich Triepel⁶³, em 1899, na obra *Volkerrecht und Landesrecht*. Os ensinamentos de Triepel foram desenvolvidos, mais tarde, na Itália, por Dionísio Anzilotti, em sua obra intitulada *Il Diritto Internazionale nel Giudizio Interno*, de 1905. Cumpre assinalar que foi Alfred Verdross (1974), em 1914, quem denominou esta teoria de dualista, quando, apenas em 1923, Triepel passou a utilizar o termo *dualismo* em seus escritos.

⁶² Aqui se sustenta, como o fez Sperduti, que o dualismo nasceu como uma escola do pensamento que pretendia conceder a uma verdade intuitiva – a separação das duas ordens jurídicas – uma verdade científica, isto é, mostrar que o Direito Internacional existia como ordem jurídica em seu próprio sentido, distinta do Direito Interno. Cf. SPERDUTI, 1979, vol 1, p. 460.

⁶³ Triepel foi um dos maiores expoentes do direito público germânico da primeira metade do século XX. Tornou-se conhecido no ramo do Direito Internacional pela sua contribuição com a teoria sobre as relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno, dando-lhe base científica. Em 1923, proferiu um curso na então recém-criada Academia de Direito Internacional de Haia, sintetizando e desenvolvendo a Teoria Dualista.

A definição de dualismo pode ser resumida, nas palavras de Verdross, (1974, p. 63) como sendo:

La teoria dualista o pluralista, fundada por Triepel y Anzilotti y representada todavía hoy por la doctrina italiana afirma que DI y el derecho interno son dos ordenamientos jurídicos absolutamente separados, por tener fundamentos de validez y destinatarios distintos.

O ponto básico do dualismo de Triepel é que, quando se fala em Direito Internacional, tem-se que ter a noção de ser ele algo diverso do Direito Interno. Seriam, precipuamente, duas as bases de distinção: as relações sociais que são regidas pelos sistemas jurídicos (o conteúdo) e a vontade da qual eles emanam, vale dizer, as fontes do direito. Nesse contexto, os sistemas jurídicos interno e internacional apresentam, para os dualistas, conteúdos e fontes diferentes, os quais são inerentes ao que Triepel chama de *rappports sociaux* (TRIEPEL, 1996).

Quanto aos *rappports sociaux* que regem o Direito Interno, são baseados, sobretudo, nas relações entre os seus sujeitos, vale dizer, entre as pessoas nacionais e estrangeiras. As normas jurídicas internas⁶⁴ são, assim, resultado de um tipo de relação diferente daquela empreendida em âmbito internacional e expressam a vontade coletiva de um determinado grupo social a elas submetido.

Já os *rappports sociaux* que regem o Direito Internacional regulam relações entre Estados, e somente entre Estados perfeitamente iguais, portanto, relações diferentes das do Direito Interno, visto que não se pode conceber, para o dualismo, o indivíduo no quadro do Direito Internacional propriamente dito, senão como objeto de direitos e deveres internacionais.⁶⁵

Não só quanto ao conteúdo, como se viu, mas também no tocante às fontes há distinção entre os dois sistemas. No Direito Interno a vontade a partir da qual a ordem jurídica deriva emana de forma diferente da vontade no Direito Internacional. É que no Direito Interno, as normas jurídicas surgem precipuamente da vontade unilateral do Estado, ao passo que, para o Direito Internacional, um ato

⁶⁴ As normas jurídicas internas são de duas modalidades: as que regulam as relações recíprocas entre as pessoas, no âmbito do direito privado, e as que regulam as relações entre o Estado e as pessoas, no âmbito do direito público.

⁶⁵ Triepel (1996, p. 7) parte da consideração de que apenas os Estados são sujeitos de Direito Internacional Público (DIP). Todavia, como o sistema internacional está em constante transformação, admite que podem surgir outros sujeitos de DIP, mas, nesse caso, estaria surgindo também um novo DIP, já que seus *rappports* estariam alcançando outros sujeitos além dos Estados.

unilateral dificilmente serviria como fonte, vez que o Direito Internacional é sempre resultado da vontade geral dos Estados.

Nesse aspecto, fala-se em *vereinbarung*, expressão cunhada pela doutrina alemã para designar essa vontade coletiva, resultante de um acordo tácito ou expresso entre os Estados. Assim, *vereinbarung* designa a vontade geral, que é superior aos interesses dos particulares, como a fonte de todo Direito, sendo ela a única fonte capaz de criar direito objetivo. No Direito Interno, essa vontade reside no Poder Constituinte e no Poder Legislativo.

Diante dessas considerações, o dualismo propõe fundir as diversas vontades em uma vontade superior e comum, denominada *Gemeinwillen*, superior às vontades isoladamente manifestadas e fonte primeira do Direito Internacional. *Gemeinwillen* representa a fonte suprema do Direito Internacional. Pode-se dizer, então, que quando Triepel busca identificar esses *rappports sociaux*, baseados em fontes e conteúdos próprios, está a justificar sua tese referente ao dualismo das ordens jurídicas. Sendo assim, além de ser ramo distinto do Direito Interno, o Direito Internacional também constitui um sistema jurídico diferente. “São dois círculos em íntimo contato, mas que jamais se superpõem” (Triepel, 1996, p. 15).

Ao tratar dos conflitos entre o Direito Internacional e o Direito Interno, a concepção dualista nega sua existência. Sobre o tema, afirma Triepel (*op. cit.*, p. 44):

Não se pode falar de validade ou invalidade de uma regra jurídica, senão sob a condição de que a fonte superior, que decide a existência, ou inexistência, de uma regra jurídica, esteja em relação imediata com os sujeitos aos quais o autor dessa regra se dirige. [...] Deve-se, então, desde logo, afastar toda tentativa de considerar como nula uma lei realmente, ou aparentemente, contrária ao direito internacional; e a máxima – *lex posterior derogat legi priori* – é tão inaplicável ao direito internacional recente, em relação ao direito interno mais antigo, quanto ao direito interno recente, em relação ao direito internacional mais antigo.

Desse modo, sob o prisma do dualismo, mesmo assente que Direito Internacional e Direito Interno são totalmente separáveis, deve ser aplicada a norma interna em detrimento da norma internacional, quando esta dispuser de forma diferente daquela. Isso se explica em razão de um suposto dever de obediência dos súditos perante a lei do Estado, em detrimento do Direito Internacional⁶⁶, assim

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 44-45..

como pelo fato de que a recepção do Direito Internacional é realizada, se for o caso, pela sua transformação em Direito Interno.

O dualismo, tal como concebido por Triepel, sofreu, contudo, algumas modificações quando repensado por outros autores. Dentre estes, merece destaque Anzilotti⁶⁷. Partindo do mesmo postulado básico – o da separação das ordens jurídicas – defendido por Triepel, Anzilotti (1935, t. 1, p. 48) retirava do princípio da separação as seguintes conseqüências:

(A) Que não podem existir normas internacionais emanadas em forma de normas internas ou normas internas obrigatórias em virtude da norma básica da ordem internacional; (B) Que as normas internacionais não podem influir sobre o valor obrigatório das normas internas e vice-versa; (C) Que não pode existir conflito, em sentido próprio, entre o Direito Internacional e o Direito Interno; (D) Que o Direito Internacional pode, contudo, referir-se ao Direito Interno e este ao Direito Internacional.

Com efeito, a diferença substancial com relação a Triepel é que Anzilotti admite a aplicação imediata do Direito Internacional pelos tribunais internos, sobretudo por considerar que os órgãos estatais são obrigados pelas regras de Direito Internacional, estando diretamente em contato com ele.⁶⁸

Da análise de tais fundamentos, pode-se dizer que para os Dualistas o Direito Internacional e o Direito Interno são sistemas completamente distintos por possuírem fontes e destinatários diversos. Embora se visualize a existência de reenvios nos dois caminhos, isso não significa de forma alguma que os sistemas se confundam, não havendo margem para uma interpenetração entre eles ou interação de suas normas. Portanto, o Direito Internacional, nesta acepção dualista, para ser aplicado ao Direito Interno, deve ser necessariamente transformado, o que importa dizer que, internamente, o Estado só cumprirá a norma a que se vinculou internacionalmente por algum instrumento que emane do Direito Interno.

As críticas ao dualismo de Triepel partem, principalmente, dos monistas, que rejeitam a existência de duas ordens jurídicas, julgando haver uma única ordem que abrange o Direito Interno e o Direito Internacional. Kelsen⁶⁹, precursor da corrente monista, desenvolve, no capítulo IV, de seu artigo “Les Rapports de

⁶⁷ Anzilotti, 1935, t. 1.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 135-136.

⁶⁹ Kelsen, 1926, vol. IV, t. 14, pp. 275-292.

Systeme entre le Droit Interne et le Droit International Public”, várias críticas ao dualismo.

São três os pontos fundamentais discutidos no referido artigo: a) a natureza diversa do Direito Internacional e do Direito Interno; b) a questão da negação do caráter jurídico dos Estados estrangeiros e c) a impossibilidade da delimitação do domínio jurídico dos Estados.

Quanto ao exame da primeira questão, tem-se que a dualidade jurídica no tocante à natureza do Direito Internacional e do Direito Interno é o ponto central da discussão. Kelsen⁷⁰ contesta essa proposta. Em argumentação crítica, indaga como seria possível aceitar uma norma internacional, mesmo transformada em Direito Interno, se esta norma se origina, tal como propõem os dualistas, de fontes e conteúdos diferentes. Responde dizendo que não se pode atribuir ao Direito Internacional natureza diversa do Direito Interno, exatamente pela contradição que ora apresenta.

Também critica Kelsen (1926, p. 280) a negação do caráter jurídico dos Estados estrangeiros pelos dualistas. Refuta dizendo que se o dualismo acredita não haver uma relação entre as duas ordens jurídicas, então isso levaria a ter de desconsiderar também o Direito Interno dos outros Estados, o que, de plano, é rejeitado pelo respeito à soberania estatal. Ora, se o Direito Internacional, assim como o Direito Interno de outros Estados, é independente, ele não se relaciona voluntariamente com outras esferas, o que afasta a premissa pluralista do dualismo.

A terceira crítica trata da impossibilidade da delimitação do domínio jurídico dos Estados. Para o monismo, há sim uma interdependência entre o Direito Internacional e o Direito Interno, que traduz o sentido de unicidade do Direito. Nessa linha, admite a coordenação de Estados e sua igualdade jurídica sempre sob a égide do Direito Internacional (e não de um Direito Interno, como propõe o dualismo), delimitando e delegando direitos e deveres no âmbito interno.

Como se vê, a idéia de que dois sistemas distintos⁷¹ se aplicam a dois objetos diferentes apresenta, segundo os monistas, contradições insuperáveis. Para Kelsen (1926, p. 288), o dualismo é, sobretudo, um corolário dogmático-apológico da

⁷⁰ *Ibidem*, p. 277.

⁷¹ Se não é possível estabelecer nitidamente que matérias pertencem ao Direito Interno e ao Direito Internacional, a divisão entre os dois direitos perderá sentido, uma vez que poderão versar sobre matérias idênticas e interagirem para encontrar as melhores soluções para dada questão, como é o caso justamente dos Direitos Humanos. A isso se opõe frontalmente a idéia de separação das ordens jurídicas.

soberania do Estado, pois defender a manutenção da autoridade suprema do Estado sobre qualquer ordem de caráter supranacional é defender, em última instância, a teoria clássica da soberania.

2.3.2 Monismo com prevalência do Direito Interno

A teoria monista não admite a existência de duas ordens jurídicas autônomas, independentes e não-derivadas. Afirma, então, que há apenas uma única ordem jurídica, bifurcando-se, todavia, em duas variáveis: a que defende a primazia do Direito Interno e a outra que sustenta a prevalência do Direito Internacional.

O monismo com prevalência do Direito Interno⁷² encontra em Spinoza e Hegel o respaldo filosófico para a justificação da predominância do Direito Estatal sobre o Direito Internacional. Sobre o tema, assevera Galindo (2002, p. 16) que:

Embora os sistemas concebidos por Hegel e Spinoza sejam bastante diferentes, do ponto de vista prático não o são. A idéia de identificação entre direito e poder (right and power) como base no Estado é um perfeito exemplo disto. Do mesmo modo, a concepção de que os Estados estariam no estado de natureza, a ausência de uma autoridade a eles superior – tornando a obrigação de respeitar os tratados puramente formal -, e a idéia de que, na falta de um acordo de vontades, uma disputa entre Estados poderia ser resolvida unicamente pela guerra, trazem à baila a influência exercida por Spinoza e Hegel e, por sua vez, a influência do último no Direito Internacional dos séculos XIX e XX.

Para o monismo com prevalência do Direito Interno, há de se considerar o centralismo estatal e sua pretensa auto-suficiência. Nesta acepção, o Direito Internacional só existe em função do Estado e isso implica dizer que não há possibilidade de existirem outros sujeitos que não o Estado, no Direito Internacional.

⁷² Segundo Mello (1992, p. 84), o monismo com primazia do Direito Interno baseia-se no hegelianismo que considera a soberania absoluta do Estado. Segundo esta concepção, o Estado não pode estar sujeito a outro sistema jurídico que não aquele que tenha emanado de sua própria vontade. Assim, o fundamento do Direito Internacional seria a autolimitação do Estado, já que o Direito Internacional retira sua obrigatoriedade do Direito Interno. Nesse contexto, o Direito Internacional seria um tipo de direito estatal externo, vale dizer, um tipo de Direito Interno que os Estados aplicam em âmbito internacional.

Desse modo, o que mais caracteriza o monismo com prevalência do Direito Interno é a redução do Direito Internacional a uma espécie de Direito Estatal Externo⁷³, fruto de um exercício de autolimitação dos Estados, que permitiria a existência de um Direito Internacional como puro reflexo da vontade estatal.

2.3.3 Monismo com prevalência do Direito Internacional

Já o monismo com prevalência do Direito Internacional foi desenvolvido pela Escola de Viena, no período que sucedeu a Segunda Guerra Mundial, tendo entre os principais expoentes Kelsen⁷⁴ e Verdross⁷⁵. É no contexto da democratização das relações internacionais no pós-Guerra, tendo o Direito Internacional como organizador dessas relações, que surgem teses acerca da corrosão da soberania nacional e da possibilidade de existência de organizações supranacionais, a viabilizarem a defesa da primazia do Direito Internacional sobre o Direito Interno. Nessa ordem internacional, a responsabilidade dos Estados perante os demais aumenta, fazendo com que o tratado internacional passe a figurar como elemento fundamental para a tendência globalizante das relações internacionais.

Não há, pois, como negar que o monismo com prevalência do Direito Internacional atende exatamente a esses reclames de unidade e equilíbrio do sistema internacional, visto que pode evitar contradições e potenciais conflitos jurídicos internacionais entre os Estados, seja entre estes e suas ordens internas. A

⁷³ Para Verdross (1974, p. 67), “O monismo com prevalência do Direito Interno nega ao Direito Internacional tanto o caráter supra-estatal como seu isolamento em face do mesmo Direito Interno. Como parte integrante do Direito Interno, o Direito Internacional se torna, verdadeiramente, um Direito Estatal Externo.”

⁷⁴ Kelsen se destaca na defesa do monismo com prevalência do Direito Internacional a partir da formulação da Teoria Pura do Direito. Por meio desta, estabeleceu a conhecida pirâmide de normas, segundo a qual uma norma tem sua origem e tira sua obrigatoriedade da norma que lhe é imediatamente superior; e a norma primeira é denominada de *Grundnorm*. Esta concepção foi denominada, na sua primeira fase, de Teoria da Livre Escolha. Ulteriormente, influenciado por Verdross, Kelsen sai do seu indiferentismo e passa a considerar a *Grundnorm* como sendo uma norma de Direito Internacional, ou seja, a norma consuetudinária de *pacta sunt servanda*. Cf. Ariosi, 2000, p. 77).

⁷⁵ Segundo Galindo (2002, pp. 52-53), Verdross, também componente da Escola de Viena, partiu de uma posição estritamente positivista para evoluir para um jusnaturalismo. Para Verdross, o monismo com prevalência do Direito Internacional é dividido em radical e moderado. A diferença entre eles é que o monismo moderado reconhece a possibilidade de conflitos entre o Direito Interno e o Internacional, embora não definitivos, vez que sua solução é encontrada na unidade do sistema jurídico.

concepção monista de Kelsen, na verdade, encontra paralelo na idéia da *civitas maxima*, na qual a sociedade dos Estados torna-se a ordem jurídica predominante. E, considerando-se o método transcendental⁷⁶, para o qual a ordem jurídica e o Estado são noções idênticas, o Direito Internacional se incorpora pela *civitas maxima* em sua forma moderna, vez que é do Direito Internacional que as ordens estatais derivam.

Kelsen (1926, p. 289) não considerou possível, inicialmente, os conflitos entre a ordem interna e a internacional, já que a norma inferior não poderia ir contra a superior, que era sua fonte e fundamento. Depois, já sob a influência de Verdross, passou a admitir a possibilidade de conflitos entre as duas ordens jurídicas. Todavia, concluiu que, mesmo com o conflito entre o Direito Internacional e o Direito Interno, o sistema jurídico é uno, pois assim como um conflito entre a lei e a Constituição não pode quebrar a unidade do Direito estatal, também um conflito entre o Direito Internacional e o Direito interno não o pode.

Sua argumentação se fundamenta, principalmente, na primazia do Direito Internacional sobre o Direito Interno, a partir do *status* de igualdade jurídica entre os Estados. O Direito Internacional, para o monismo de Kelsen, se baseia em uma sociedade de Estados iguais em *status*, que garante a existência de uma ordem internacional sob a égide do Direito Internacional, vez que é sob essa igualdade que repousa a própria noção de democracia internacional. A validade do Direito Internacional não se funda na vontade do Estado, mas sim no reconhecimento, expresso ou tácito, da sociedade internacional como um todo. Dentro dessa concepção, seria a existência de uma ordem internacional⁷⁷, superior à vontade dos

⁷⁶ Walz (1937 p. 391) explica que as principais premissas da Teoria Transcendental são a unidade e a pureza das idéias. Dessa forma, a idéia, ou concepção, torna-se mais pura à medida que vai evoluindo em direção ao mundo abstrato, afastando-se, cada vez mais, do mundo material. Concentra-se, pois, no aspecto puramente normativo do Direito, conflitando-se com o mundo dos fatos, a realidade.

⁷⁷ Ocorre, aí, uma substituição da noção formal de soberania por uma visão material, que perde o seu paralelo com o conceito clássico. Como observa Azambuja (1990, p. 50), "a soberania é o grau supremo a que pode atingir esse poder, supremo no sentido de não reconhecer outro poder juridicamente superior a ele, nem igual a ele dentro do mesmo Estado. Quando se diz que o Estado é soberano, deve entender-se que, na esfera de sua autoridade, na competência que é chamado a exercer para realizar a sua finalidade, que é o bem público, ele representa um poder que não depende de nenhum outro poder, nem é igualado por qualquer outro dentro do seu território". Kelsen (1926, p. 312), todavia, não nega o caráter de supremacia da soberania, mas a considera no aspecto interno e externo. A soberania interna quer dizer que o poder do Estado, nas leis e ordens que edita para todos os indivíduos que habitam em seu território e as sociedades formadas por esses indivíduos, predomina sem contraste. Já a soberania externa significa que, nas relações recíprocas entre os Estados, não há subordinação nem dependência, e sim igualdade.

Estados, quem determinaria a primazia do Direito Internacional sobre o Direito Interno.

Se os constitucionalistas não vão muito além desse ponto, o que Kelsen faz é prosseguir a partir daí, propondo a existência de uma ordem superior à própria soberania do Estado, de modo que a primazia do Direito Internacional seria o resultado de “[...] *une organisation de l’humanité em général*”⁷⁸. Essa primazia, todavia, não elimina a possibilidade de conflito entre as ordens jurídicas. A concepção monista, neste ponto, pondera ser preciso distinguir entre duas situações: primeiro, o Direito Internacional geraria obrigações no âmbito interno dos Estados, de forma direta ou indireta; segundo, se seria necessário, para cumprir com essas obrigações, transformar as regras de Direito Internacional em regras de Direito Interno. No primeiro caso, uma norma de Direito Interno que venha a ferir uma outra de Direito Internacional deve ser ab-rogada, caso contrário o Estado estaria violando princípios fundamentais do Direito Internacional, podendo, ainda, dar azo a um litígio internacional.

Já na segunda situação, pode-se dizer que a relação entre o Direito Interno e o Direito Internacional é semelhante à de uma lei ordinária em relação a uma norma constitucional. Assim, em havendo conflito entre normas de Direito Internacional e de Direito Interno, deve-se buscar a solução no texto constitucional: se este dispõe acerca da incorporação desse novo Direito, que entra na esfera jurídica interna por meio de tratado, poderia haver a derrogação de lei contrária ao tratado internacional, exatamente como se se tratasse de uma lei inconstitucional; por outro lado, se o texto constitucional não dispõe sobre esse controle, seria caso de aplicar o princípio *lex posteriori derogat priori* (ARIOSI, 2000, pp. 88/89).

Assim, o que se denota é que a Teoria Monista com prevalência do Direito Internacional permite uma reflexão quanto à evolução do sistema internacional, uma vez que pugna pela formação de uma comunidade internacional universal, resultado, talvez, da crença de Kelsen na integração crescente entre os Estados.

⁷⁸ Kelsen, 1926, p. 314.

2.4 As relações entre os Tratados Internacionais e o Direito Interno no ordenamento jurídico brasileiro

Considerando essencial que o Direito Internacional e o Direito Interno se integrem eficazmente, sobretudo no tocante à proteção dos Direitos Humanos, objeto do presente estudo, é necessário verificar como se dá a relação entre os Tratados Internacionais e o Direito Interno, no Brasil.

Como já se observou, a falta de uniformidade da prática jurisprudencial e de um entendimento doutrinário de cunho majoritário potencializa a ocorrência de conflitos entre normas do ordenamento internacional e aquelas de Direito Interno, inclusive as de natureza constitucional.

A questão posta em exame refere-se, portanto, à determinação de qual a norma a ser aplicada quando se tiver de solucionar, na via judicial, um conflito entre o Direito Internacional e o Direito Interno. Para tanto, os Estados, responsáveis por seus atos internacionais, acabam optando por uma solução fundamentada em um dos pressupostos teóricos já mencionados, vale dizer, monismo ou dualismo. É à luz desses marcos teóricos que se firmam as linhas mestras para a determinação da norma aplicável em caso de conflito.

A fim de analisar como se dá esta relação entre os Tratados Internacionais e o Direito Interno, no Brasil, cumpre examinar as hipóteses de conflitos entre os Tratados Internacionais e a Lei Interna; depois, entre os Tratados e a Constituição; por fim, o confronto entre a Constituição e os Tratados sobre Direitos Humanos, uma vez que estes últimos, como se verá, não podem ser equiparados aos tratados multilaterais clássicos que versem sobre outras matérias, pois, distintamente destes, os tratados de proteção dos direitos humanos compreendem bem mais que compromissos recíprocos para o benefício mútuo dos Estados Partes; eles incorporam normas objetivas para a proteção da pessoa humana, o que, por si só, demonstra sua natureza especial em relação aos demais.

2.4.1 O conflito entre Tratado e Lei no Direito Interno Brasileiro

Considerando as doutrinas clássicas – dualista e monista -, definidoras das relações entre os ordenamentos jurídicos internos e internacionais, os tratados internacionais, em geral, podem assumir as seguintes posições hierárquicas:

- a) para o dualismo, as esferas do Direito Interno e do Direito Internacional são distintas, sendo necessário um ato do Poder Legislativo para dar validade e aplicação, no âmbito interno, ao Direito Internacional;
- b) para o monismo, ao contrário, os tratados internacionais produzem, desde sua ratificação, efeitos no plano do Direito Interno. Sua posição hierárquica é definida, contudo, de acordo com o Direito Interno de cada Estado.

Em qualquer situação, o conflito entre tratado e lei só se dará no caso dos chamados tratados *self-executing*, ou seja, aqueles que podem necessariamente ser invocados no Direito Interno sem a intermediação de qualquer lei interna. No caso dos tratados *non-self-executing*, em que se estabelece a obrigação de o Estado legislar para se conformar à obrigação internacionalmente pactuada, haverá somente a possibilidade de conflito entre normas internas. Seguindo a linha de Buergethal (1992, t. 235, pp. 320-321), é matéria de Direito Interno disciplinar que tratados são *self-executing* ou não.

Como no ordenamento jurídico brasileiro não podem coexistir normas incompatíveis, vez que o Direito não admite antinomias reais, a doutrina e a jurisprudência acabam por indicar dois critérios para selecionar a regra aplicável no caso de conflito entre o tratado internacional e a lei interna: a) um deles é o hierárquico, por meio do qual a norma superior prevalece sobre a inferior; b) o outro é o da especialização, segundo o qual, em uma dada matéria, se há uma regra geral e outra especial, esta deve prevalecer.

Existem, no entanto, dois tipos de conflitos de normas cuja solução não passa pelos referidos critérios. São os conflitos de normas no tempo e no espaço. Os primeiros são resolvidos por regras de direito intertemporal, fundadas no princípio da não-retroatividade da lei e no respeito ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido. Já no tocante aos conflitos de leis no espaço, pode-se dizer que também

se estendem ao domínio do Direito Internacional Público, vez que as normas internas podem conflitar com outras que emanam de soberanias diferentes, podendo abranger questões entre normas constitucionais, penais, fiscais etc.

Em tais casos, com base em uma suposta omissão constitucional sobre a matéria, a Corte Suprema brasileira, como se verá a seguir, adota, majoritariamente, uma posição monista nacionalista no tocante aos tratados internacionais gerais, pugnando pela paridade hierárquica entre estes e as leis ordinárias.

2.4.1.1 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o conflito entre o Tratado Internacional e a Lei Interna no Brasil

Conforme já se assinalou, não há no atual texto constitucional brasileiro dispositivos expressos acerca de qual deva ser a norma aplicável em caso de conflito que envolva tratados internacionais e leis internas. Mesmo depois das inúmeras emendas à Constituição, o fato é que permanece a premissa, ainda que indireta, de igualdade entre tratados e leis internas, conforme observa Grandino Rodas (1987, p. 49):

É de se ter em mente, a propósito, o entendimento jurisprudencial esposado no RE 71.154 pelo STF, no sentido de que os tratados aprovados e promulgados integram a legislação interna, em pé de igualdade com as leis federais.

Com efeito, mesmo que existam posições em sentido contrário, pode-se dizer que, de fato, a opção pelo monismo tem dominado a jurisprudência no Brasil, com uma oscilação entre o monismo moderado e o radical nos seus julgados.⁷⁹ A tendência da sociedade internacional é, no entanto, a opção pelo monismo radical,

⁷⁹ “No Brasil existem diversos acórdãos consagrando o primado do DI, como é o caso da União Federal v. Cia. Rádio Internacional do Brasil (1951), em que o Supremo Tribunal Federal decidiu unanimemente que um tratado revogava as leis anteriores (Apelação Cível nº 9.587). Coelho Rodrigues assinala a existência de um acórdão do STF (1914), no Pedido de Extradicação nº 7, de 1913, em que se declarava estar em vigor e aplicável um tratado, apesar de haver uma lei posterior contrária a ele. Do mesmo sentido deste último, de um tratado não é revogado por uma lei interna posterior, está o acórdão do STF na Apelação Cível nº 7.872, de 1943, com base no voto de Filadelfo.” (MELLO, op. cit., 1992, p. 89)

pelo qual lei posterior contrária não revoga tratado internacional, devendo este prevalecer em casos de conflito com a norma interna.

Todavia, não obstante essa tendência internacional, o que se percebe da experiência jurisprudencial brasileira é que a mesma, após o julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004, de 1978, quando o STF estabeleceu que a lei deveria revogar o tratado, passou a caminhar em direção contrária, estabelecendo a paridade entre o tratado internacional e a lei interna⁸⁰. A respeito do tema, veja-se a ementa da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480:

PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO

- Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmo planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes.

No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes.⁸¹

Um dos principais argumentos para justificar a paridade entre a lei interna e o tratado internacional, com aplicação da regra *lex posterior derogat priori*, é o fato de que a Constituição Federal nada dispõe sobre o tema, não sendo possível, portanto, inferir a prevalência do tratado. Outra razão para o estabelecimento dessa

⁸⁰ A questão discutida no RE 80.004 tratava de saber se a falta de registro em determinado prazo e em repartição competente acarretaria a nulidade das notas promissórias e letras de Câmbio, conforme estabelecia o Decreto-lei nº 427, uma vez que tal exigência não se encontrava na Convenção de Genebra, que instituiu uma Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias. Em 1º de julho de 1977, a decisão foi proclamada, com a seguinte Ementa: “Convenção de Genebra – Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias – Aval aposto à Nota Promissória não registrada no prazo legal – Impossibilidade de ser o avalista acionado, mesmo pelas vias ordinárias. Validade do Decreto-lei n. 427, de 22.01.1969. Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do País, disso decorrendo a constitucionalidade e consequente validade do Decreto-lei n. 427/1969, que institui o registro obrigatório da Nota Promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título. Sendo o aval um instituto do direito cambiário, inexistente será ele se reconhecida a nulidade do título cambial a que foi aposto. Recurso extraordinário conhecido e provido” (RE n. 80.004/SE. Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília, v. 83, p. 809, 1978).

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Paridade normativa entre atos internacionais e normas de infraconstitucionais de Direito Interno. ADI n. 1480-3/DF. Plenário. v. m. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 18.5.01.

paridade entre o tratado internacional e a lei ordinária consiste justamente na própria lógica do processo legislativo para aprovação da lei ordinária e aquele traçado para o referendo dos tratados pelo Congresso Nacional.

Sempre que a Constituição Federal pretende elevar a hierarquia de determinada norma, ante o seu caráter de rigidez, exige *quorum* qualificado para sua aprovação, tal como ocorre com as emendas constitucionais, que exigem três quintos dos votos em cada uma das Casas do Congresso Nacional. Como se vê, toda estrutura hierárquica do sistema jurídico brasileiro é fundada na necessidade de adesão numérica diferenciada de representação política da sociedade para a aprovação de determinada norma, conferindo-lhe primazia em relação à outra cuja aprovação exigiu *quorum* inferior.

Ora, tratados internacionais e leis ordinárias exigem o mesmo *quorum* simples para aprovação, a demonstrar, nesta lógica, que estão de fato dentro de um sistema que impõe sua paridade. Para Dolinger, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi evoluindo até chegar à posição defendida no RE n. 80.004, da equiparação entre tratado e lei, cuja solução se daria pela aplicação da regra *later in time*. A diferença de extensão dessa regra em relação à norte-americana tem a ver com a sua não aplicação quando se refere a tratados de natureza contratual, como os de extradição, do GATT e os tributários bilaterais. A jurisprudência brasileira, segundo Dolinger, segue um monismo moderado, ao estabelecer a possibilidade de leis posteriores prevalecerem sobre tratados anteriores, flexibilizando as questões internacionais.⁸²

O cerne da tese de Dolinger⁸³ passa pela distinção – admitida pelo Supremo Tribunal Federal – entre os tratados de natureza normativa e os de natureza contratual⁸⁴. Essa diferenciação foi mencionada em alguns dos votos dos Ministros no RE n.80.004. Com base nela, os tratados de natureza contratual não seriam suscetíveis de aplicação da regra *later in time*, ou seja, não seriam afetados pelas leis posteriores. Como a Convenção de Genebra tratada no RE não tinha natureza contratual, submeteu-se à regra.

⁸² DOLINGER, 1996.

⁸³ DOLINGER, 1996.

⁸⁴ "Os tratados-contrato teriam a função de realização de um negócio jurídico, enquanto os tratados-normativos visariam à criação de uma regra de direito. Os tratados-contrato seriam atos de caráter subjetivo criando prestações recíprocas a serem cumpridas pelos Estados-parte, cada um buscando objetivos diferentes. Os tratados-normativos, por sua vez, teriam por objeto a formação de uma regra de direito válida, na qual todas as vontades dos signatários teriam o mesmo conteúdo". (ROUSSEAU, 1996, p. 26.).

Desse modo, não obstante a fragilidade da distinção, muito mais metodológica do que materialmente fundamentada, o fato é que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal restou bem mais esclarecido após o RE n. 80.004, equiparando tratado e lei, do que antes dele, quando alguns pugnavam por uma pretensa prevalência do tratado sobre a lei. Assim, não obstante seja firme a jurisprudência em afirmar a paridade do tratado internacional com a lei ordinária, mister reconhecer que, dada a ambigüidade do texto constitucional e sua omissão quanto aos procedimentos para solucionar conflitos entre os Tratados e o Direito Interno, a Constituição de 1988 poderia ter ido um pouco mais longe, ou ter apresentado maior precisão acerca do tema.

É que todos os princípios de Direito Internacional lhe foram incorporados, mas isso não implicou na manutenção de uma conduta externa do Brasil em consonância com as exigências oriundas do novo cenário internacional, sobretudo no tocante ao conflito entre normas, mais especificamente no que tange a saber se um tratado internacional deve ou não prevalecer sobre lei interna, ainda que esta lei lhe seja posterior, sobretudo em tempos em que a dinâmica das relações internacionais está, a todo tempo, a exigir soluções para tais conflitos. Desse modo, a ausência de um dispositivo que defina qual seja, de fato, a opção brasileira, se para o monismo moderado ou mesmo para o radical, constitui, sem dúvida, a principal fonte de dúvida sobre o tema relacionado ao conflito entre os tratados internacionais e a lei interna.

2.4.2 O conflito entre a Constituição Federal e o Tratado Internacional no Direito Interno Brasileiro

O tema do conflito entre normas constitucionais e as oriundas de tratados internacionais é, em geral, abordado sob uma perspectiva apenas do Direito Internacional ou apenas do Direito Constitucional, o que acaba por fragilizar as soluções adotadas.

Sob o ângulo internacionalista, alega-se que o Direito Internacional seria necessariamente superior ao Direito Interno, inclusive no tocante ao próprio Direito Constitucional Interno, não estando, portanto, submetido a qualquer espécie de

controle da constitucionalidade. Tal posicionamento reflete-se em normas consuetudinárias, convencionais ou mesmo na jurisprudência internacional, no sentido de que um Estado não pode descumprir uma norma internacional sob pretexto de que determinada disposição fundamental do seu Direito Interno estaria sendo violada. Portanto, sob uma perspectiva exclusivamente internacionalista, normas desse jaez seriam superiores às normas internas, inclusive constitucionais, ou ao menos não poderiam ser violadas em virtude de alegações de que elas infringiram normas constitucionais.

Já sob uma abordagem constitucionalista, ao menos nos Estados em que as Constituições são escritas e rígidas, o princípio da supremacia da Constituição impede que qualquer norma, interna ou internacional, seja considerada superior ao próprio texto constitucional, impondo que, em caso de ofensa ao texto constitucional, sejam declaradas inconstitucionais e tenham sua aplicabilidade afastada para fazer valer o preceito constitucional.

Há de se admitir que somente a Constituição possa permitir que normas internacionais se sobreponham ao seu próprio texto. Esta visão, sob o prisma constitucionalista, não advém de uma pretensa superioridade do Direito Internacional sobre o Direito Interno, mas sim da manifestação expressa do próprio poder constituinte neste sentido. Nesse contexto, como assevera Galindo (2002, p. 200):

As Constituições sempre se sobreporiam ao Direito Internacional, exceto quando expressamente dispusessem a possibilidade de um tratado modificar seus preceitos ou o afastamento do controle da constitucionalidade dos tratados, quando existir.

Entretanto, o tema do conflito entre normas internacionais e as constitucionais não se pode resolver a partir de uma dicotomia rígida de uma visão exclusivamente internacionalista ou constitucionalista. Com efeito, a idéia de unidade do Direito impede não só a separação do Direito Internacional e do Direito Interno, como também estimula as possibilidades de interação, oferecendo às instituições as ferramentas adequadas à resolução das diversas espécies de conflitos. Assim, a busca para por termo ao conflito de normas de Direito Internacional e normas de natureza constitucional passa, necessariamente, por uma

análise da constitucionalidade do ato. É o que se tem denominado de Direito Constitucional Internacional⁸⁵.

A temática remete à opção por um dos marcos teóricos na busca pela melhor solução: monismo ou dualismo. A perspectiva monista é a que tem dominado o cenário jurídico no Brasil e é a que se adota como marco teórico no presente estudo. Isso porque a Constituição é a principal referência quando se buscam soluções para conflitos entre normas. Por essa razão, é importante atentar para o processo de análise da constitucionalidade dos tratados, sem perder de vista a unidade do sistema jurídico. No Brasil, a ausência de disposições constitucionais que tratem de orientar procedimentos para solucionar eventuais conflitos entre normas internacionais e internas leva a uma problemática em torno o tema, vez que a Constituição de 1988 é demasiadamente omissa a esse respeito.

No que tange ao controle da constitucionalidade dos tratados internacionais, o sistema constitucional brasileiro o admite desde a Constituição Republicana de 1891⁸⁶. Mais tarde, o Supremo Tribunal Federal, em acórdão de 17 de setembro de 1977, declarou a inconstitucionalidade de alguns artigos da Convenção da OIT n. 110, referentes às condições de trabalho (BARROSO, 1996, p. 29). A Constituição Federal brasileira de 1988 também admite a verificação da constitucionalidade dos tratados. Com efeito, em seu art. 102, inciso III, alínea *b*, prevê o cabimento do recurso extraordinário quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

Do exposto, assim como ocorre com uma lei interna, também os tratados estão submetidos ao contraste constitucional, tanto do ponto de vista formal quanto material. A inconstitucionalidade dos tratados pode ser, assim, extrínseca (também chamada de ratificação imperfeita) e intrínseca.

A inconstitucionalidade extrínseca ocorre quando o tratado viola as regras constitucionais de competência e de procedimento para sua celebração, aprovação parlamentar, ratificação ou entrada em vigor. Concerne, pois, à chamada inconstitucionalidade formal. Quanto à constitucionalidade intrínseca, ela ocorre

⁸⁵ “O Direito Constitucional Internacional é a tentativa de adaptar a Constituição à ordem jurídica internacional que se sobrepõe a ela. A Constituição é a manifestação da soberania estatal e o DIP a sua negação, ou pelo menos a sua crescente limitação. A nosso ver não existe um D. Constitucional Internacional por falta de um objeto definido e método próprio. O que existem são normas constitucionais de alcance internacional que devem ser analisadas em cada caso procurando compatibilizar os dois ramos da Ciência Jurídica” (MELLO, 1994, p. 32).

⁸⁶ BRASIL. Constituição (1891). Constituição Federal brasileira de 1891, art. 59, 1º, *a*.

quando um tratado formalmente perfeito tem conteúdo que viola a Constituição do Estado. A constitucionalidade intrínseca cria maiores dificuldades para as relações internacionais⁸⁷, tanto porque não é ela admitida pelo Direito Internacional como também por dizer respeito a valores consagrados internamente, cuja proteção acaba, muitas vezes, se dando de modo intransigente por parte dos Estados.

Remiro Brotóns (1987, v. 2, p. 136) relata que a prática do século XIX considerava ser fato consumado o tratado que tivesse sido irregularmente concluído. O tratado obrigava o Estado, não podendo ser fiscalizado judicialmente e dando margem à responsabilidade pessoal e política dos Governos e de seus membros. Nos dias atuais, com exceção de alguns sistemas jurídicos, como a Holanda e Portugal, é possível controlar a constitucionalidade extrínseca dos Tratados.

A doutrina, em caso de inconstitucionalidade extrínseca, tem oscilado entre admitir a validade do tratado, a despeito do vício formal, ou proclamar-lhe a nulidade (BARROSO, 1996, p.22). A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, estabeleceu a única hipótese em que tratados internacionais podem ser invocados para efeito de configuração da nulidade do consentimento. O caso se refere justamente à constitucionalidade extrínseca do tratado, quando o consentimento a ele dado pelo Estado violar norma de Direito Interno. Veja-se:

Art. 46 Disposições de direito interno sobre competência para concluir tratados.

1º. – Um Estado não poderá invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, a não ser que essa violação seja manifesta e diga respeito a uma regra de seu direito interno de importância fundamental.

2º. – Uma violação será manifesta caso seja objetivamente evidente, para qualquer Estado que proceder, na matéria, de conformidade com a prática normal e de boa-fé.⁸⁸

⁸⁷ “Vale mencionar que a doutrina monista, com primado do Direito Internacional, só admite a hipótese de inconstitucionalidade extrínseca do tratado, rejeitando qualquer possibilidade de seu exame intrínseco para verificação da compatibilidade com a Constituição” (BARROSO, 1996 p. 22). No mesmo sentido, dispõe o art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, *in verbis*: “Art. 27. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o descumprimento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46” *In* ARIOSI, Mariângela (2000, p. 249). Portanto, a inconstitucionalidade de tratados em relação a disposições constitucionais de fundo não pode ser alegada perante o Direito Internacional. Esta regra, ao menos em princípio, não comporta exceção. Desse modo, no campo da responsabilidade internacional, tem-se por certo que a responsabilidade do Estado persiste mesmo com a alegação da violação de preceito de Direito Interno de importância fundamental.

⁸⁸ *In* Ariosi, Mariângela (op. cit., p. 257).

Como se vê, o texto da Convenção buscou solucionar a questão afirmando a validade do tratado sob determinadas hipóteses, salvo manifesta violação de norma fundamental sobre competência, a reconhecer, assim, a possibilidade de invalidade do tratado sob o aspecto formal.

No cerne da discussão, sustentam os internacionalistas, como Haroldo Valladão (1974, p. 94), que a disposição interna, ainda que de natureza constitucional, não pode ser considerada caso contrarie preceito em vigor de Direito Internacional. Por preceito em vigor, deve-se entender tratado internacional vigente, de modo que o tratado deve ser observado até que seja extinto ou denunciado, pois a revogação unilateral de um tratado é a denúncia, e não a previsão constitucional em contrário.

A referência, neste caso, é quanto a tratados que se encontrem em vigor no momento da promulgação da Constituição. Como se disse, para os internacionalistas, devem tais tratados permanecer em vigor até que sejam denunciados. Quando, em outro caso, o tratado é celebrado na vigência de uma Constituição, sendo com ela incompatível, aí não deverá prevalecer, devendo-se admitir, na ótica dos constitucionalistas, o exame de sua validade material. Assim, os constitucionalistas entendem que a Constituição é a lei suprema do país; contra a sua letra, ou seu espírito, não prevalecem resoluções dos poderes federais, constituições, decretos ou sentenças federais, nem tratados ou quaisquer outros atos diplomáticos.

Evidentemente, como já se assinalou, tal controle incide sobre os tratados firmados posteriormente à vigência da atual Constituição, visto que, sob a visão constitucional, não se declara a inconstitucionalidade de preceito anterior à Constituição, o qual, sendo com esta incompatível, é tido por não recepcionado pela nova ordem, tal como determinam as regras de Direito Constitucional Intertemporal,

Portanto, sob o controle difuso, é pacífica a possibilidade de controle da constitucionalidade dos tratados. O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre a prevalência da Constituição em relação aos tratados:

ICM. Importação de bens de capital. Súmula 575 (inaplicação). Art. 23, parágrafo 11, da Constituição Federal.

Se a importação ocorreu na vigência da Emenda Constitucional n. 23/83, incide o ICM na importação de bens de capital. Inadmissível a prevalência de tratados e convenções internacionais contra o texto expresso da Lei Magna.

Recurso Extraordinário conhecido e provido.”⁸⁹

No mesmo Recurso Extraordinário em epígrafe, o Ministro Relator, Carlos Madeira, em seu voto condutor, fez questão de afirmar:

Hierarquicamente, tratado e lei situam-se abaixo da Constituição Federal. Consagrar-se que um tratado deve ser respeitado, mesmo que colida com o texto constitucional, é imprimir-lhe situação superior à própria Carta Política.⁹⁰

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal também já admitiu a possibilidade de controle concentrado da constitucionalidade de um tratado, no julgamento da ADI n. 1480, na qual a Corte, em sede de liminar, estabeleceu ser possível a utilização tanto do controle concentrado como do difuso para desafiar a constitucionalidade de um texto convencional, desde que incorporado definitivamente ao plano do direito positivo interno, explicitando, também, que tal entendimento decorre da absoluta supremacia da Constituição Federal sobre todo e qualquer ato de direito internacional público celebrado pelo Estado brasileiro.

Portanto, no Brasil, o controle da constitucionalidade de um tratado tanto pode ocorrer na via difusa como de forma concentrada. Neste último caso, a prática do Supremo Tribunal Federal tem revelado que, na verdade, o objeto do controle não é propriamente o tratado internacional, mas sim o Decreto Legislativo que o aprova e o Decreto do Executivo que o insere no ordenamento jurídico interno. Tal controle, todavia, não deve ser feito imprudentemente, sem ter em vista as consequências internacionais da declaração de inconstitucionalidade de um tratado. É que não há como ignorar o papel do Direito Internacional na construção de um Estado de Direito Global, sobretudo quando a própria Constituição Federal, em seu art. 4º, pugna pela cooperação entre os povos e a integração.

Nesse contexto, adverte Remiro Brotons (1987, v. 2, p. 139) que a busca pelo controle do tipo preventivo, e não reparador, é ideal para se evitarem conflitos e contradições entre o Direito Internacional e o Direito Interno, sendo o que se pede,

⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. **ICM. Importação de bens de capital. Súmula 575 (inaplicação). Art. 23, parágrafo 11, da Constituição Federal.** RE n. 109.173. Rel. Min. Carlos Madeira. J. 27.02.1987. Segunda Turma. Diário da Justiça de 27 de março de 1987, p. 406.

⁹⁰ Idem

sob uma perspectiva internacionalista e mesmo de um constitucionalismo responsável, pois o controle preventivo permite ao Estado não ratificar, renegociar ou ratificar com reservas determinado tratado.

Deveras, a possibilidade de se controlar a constitucionalidade dos Decretos Legislativos que aprovam o tratado pode desempenhar papel fundamental na redução dos conflitos entre tratados e a Constituição.⁹¹ A ampliação da possibilidade de controle da constitucionalidade neste momento do iter processualístico dos tratados internacionais é salutar, porquanto a declaração de inconstitucionalidade, nesta fase, pode impedir a ratificação de um tratado inconstitucional, evitando uma possível responsabilização internacional do Estado brasileiro e diminuindo, portanto, o risco de tensões entre a ordem internacional e o Direito Interno.

De qualquer sorte, não surtindo efeito ou não sendo possível esse controle preventivo, há de se minorar os efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade de um tratado. Um meio é admitir que tal inconstitucionalidade não acarreta a nulidade do tratado internacional, admitindo, portanto, que a inconstitucionalidade de um tratado leve apenas à sua não-aplicação.

Sobre a questão, assim se manifesta Gilmar Ferreira Mendes (1990, p.266):

[...] a pronúncia de inconstitucionalidade, com o reconhecimento da nulidade, parece atingir, tão-somente, as normas nacionais de aprovação, ratificação e promulgação. No que concerne ao complexo normativo estabelecido pelo tratado ou convenção, há de se admitir que o juízo de inconstitucionalidade se resolve na não-aplicação, não se afigurando possível a decretação da nulidade, na espécie.

Assim, parece evidente que a declaração de inconstitucionalidade de um tratado internacional não deve implicar a sua nulidade, afinal, não pode a decisão judicial interna atingir desta eiva instrumentos jurídicos integrantes de outro sistema normativo, sobretudo o de cunho internacional, impondo-se, apenas, afastar a sua aplicação internamente.

⁹¹ O processo de controle abstrato de normas pode ser instaurado após a promulgação do decreto legislativo, uma vez que se trata de ato legislativo que produz consequências na ordem jurídica. Este modelo permite que a ratificação e, portanto, a recepção do tratado na ordem interna ainda sejam obstadas preventivamente. Nesse sentido, MENDES, 1996, p. 155-168.

2.4.3 O conflito entre a Constituição e os Tratados de Direitos Humanos no Brasil

Sem pretender uma superioridade pura e simples das normas internacionais sobre as internas, o Direito Internacional dos Direitos Humanos é comprometido muito mais com a supremacia da norma mais favorável ao indivíduo, não sob o ângulo formal, mas considerando, sobretudo o aspecto substancial, que garanta efetivamente a proteção da pessoa humana. A lógica de privilegiar a norma mais favorável ao indivíduo, no tocante à proteção dos direitos humanos, seja ela de natureza interna ou internacional, aparta-se da sistemática até aqui exposta no tema das relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno, em que o conflito se resolve, basicamente, a partir da identificação de qual dessas normas seja formal ou hierarquicamente superior à outra. No campo dos Direitos Humanos, importa saber qual delas é mais favorável à proteção do indivíduo, haja vista o princípio da dignidade da pessoa humana.

Posicionamentos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no Brasil, têm, todavia, colocado o país como um ordenamento relutante em considerar a possibilidade de normas internacionais de Direitos Humanos prevalecerem sobre normas constitucionais. Esta posição, todavia, tem encontrado resistências doutrinárias e mesmo dentro do seio da própria magistratura.

Cumprido esclarecer, preliminarmente, que por meio de um exame sistemático, teleológico e valorativo do texto da Constituição Federal de 1988, considera-se, neste estudo, como verdadeira a premissa de que, por força do disposto no § 2º do art. 5º da Constituição Federal brasileira de 1988, os tratados internacionais que, devidamente ratificados pelo Brasil, incorporem ao ordenamento jurídico interno normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, abstraem-se do tratamento constitucional comum devido aos demais tratados internacionais.

Nesse contexto, sustenta-se que a Constituição ora vigente estabelece um regime misto, diferenciando os tratados sobre Direitos Humanos dos tratados que versem sobre outras matérias. Com efeito, o § 2º do art. 5º da Constituição Federal, ao determinar que "os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte", conferiu aos direitos fundamentais oriundos de tratados internacionais tratamento especial,

fazendo com que os direitos e garantias fundamentais decorrentes de tratados ratificados pelo Brasil integrem o núcleo de proteção constitucional, ampliando, como se verá mais detidamente, o bloco de constitucionalidade da norma.

Em razão disso, impõe-se reconhecer que o conflito entre a Constituição e os Tratados sobre Direitos Humanos deve pautar-se a partir da premissa de que os direitos fundamentais incorporados ao ordenamento interno por meio de um Tratado têm a mesma natureza jurídica das categorias normativas explicitamente definidas pelo texto constitucional.

Por tal razão, e considerando a posição jurisprudencial dominante no Brasil em sentido contrário ao status constitucional das normas de direitos humanos oriundas de tratados internacionais, impõe-se analisar, a partir de agora, qual a natureza jurídica dos tratados internacionais sobre direitos humanos e que posição hierárquica ocupam, dando às normas deles oriundas o devido valor, vez que, ante a sua moderna concepção, não se pode mais admitir a igualização dos tratados internacionais protetivos dos direitos da pessoa humana com a legislação interna infraconstitucional.

Segue-se, pois, com o exame da referida questão, tomando em consideração, sobretudo, o exame do disposto no referido § 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 e também o recém introduzido § 3º, fruto da Emenda Constitucional nº 45/2004, em razão do qual os tratados internacionais sobre direitos humanos, uma vez aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais, a demonstrar, sem dúvida, que o exame da matéria referente aos tratados sobre Direitos Humanos difere daquele estabelecido para os conflitos dos tratados em geral com a Constituição.

3 O NOVO CENÁRIO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº45/2004

3.1 O princípio da dignidade da pessoa humana como vetor interpretativo para o enquadramento dos Tratados de Direitos Humanos como normas dotadas de *status* constitucional

Inicialmente, cabe considerar que a Constituição Federal de 1988, como marco jurídico divisor para a transição ao regime democrático no Brasil, ampliou o campo dos direitos e garantias fundamentais, projetando-se como essencial para a construção de um Estado Democrático de Direito. Dentre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito brasileiro, fincado na perspectiva da realização social, destaca-se o respeito à dignidade da pessoa humana⁹², insculpido no art. 1º, inciso III, da Carta Constitucional.

Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoais de Estado e Nação, manifestando-se a dignidade da pessoa humana na autodeterminação consciente e responsável da própria vida. Tal princípio traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, de modo a constituir um núcleo invulnerável do ordenamento jurídico. Faz-se claro, portanto, que os Direitos Humanos são elementos básicos para a realização do princípio democrático, repousando na dignidade da pessoa humana a unidade de sentido, de valor e de concordância prática do sistema dos direitos fundamentais.⁹³ Imperioso ressaltar, portanto, a preocupação da Constituição em assegurar os valores da dignidade e bem-estar da pessoa humana, como imperativo do Estado Democrático de Direito, impondo-se o valor da dignidade da pessoa humana como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico.

⁹² Afirma José Afonso da Silva (2003, p. 93). “Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais. Concebida como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, observam Gomes Canotilho e Vital Moreira, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de direitos econômicos, sociais e culturais.”

⁹³ Cf. MIRANDA, 1988, v. 4, p. 166.

Nesse contexto, assevera Carvalho (2002, p. 245):

A dignidade da pessoa humana, que a Constituição de 1988 inscreve como fundamento do Estado, significa não só o reconhecimento do valor do homem em sua dimensão de liberdade, como também de que o próprio Estado se constrói com base nesse princípio. O termo dignidade designa o respeito que merece qualquer pessoa.

Desse modo, o princípio da dignidade da pessoa humana aparece como uma das preocupações fundamentais do constituinte originário de 1988, revelando-se como guia substantivo para a realização da ponderação entre os interesses constitucionais. Sobre a sua importância, leciona Paulo Bonavides que “nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana”.⁹⁴ Assim, seja no plano do Direito Internacional, seja para o Direito Interno, a dignidade da pessoa humana é o princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo. Simboliza, portanto, a matriz que deve orientar a interpretação dos demais dispositivos constitucionais.

A partir da doutrina de Piovesan (2007, pp. 32-33), adota-se, neste estudo, a perspectiva de que o ordenamento jurídico é um sistema no qual, ao lado das normas legais, existem princípios que incorporam as exigências de justiça e de valores éticos. O valor da dignidade da pessoa humana, bem como os direitos e garantias fundamentais vêm constituir exatamente esses princípios constitucionais que conferem suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. Atente-se, ainda, que, com o intuito de reforçar a imperatividade das normas que traduzem esses direitos e garantias fundamentais, o texto constitucional institui o princípio da aplicabilidade imediata dessas normas, nos termos do art. 5º, § 1º. Tal princípio realça a força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos, liberdades e garantias fundamentais, estabelecendo um regime específico para esses direitos.⁹⁵

⁹⁴ Bonavides, 2001, p. 233. Diz, ainda, o autor: “Sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser, portanto, máxima, e se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados”.

⁹⁵ No entender de Canotilho (1998, p.578), o sentido fundamental da aplicabilidade imediata está em reafirmar que “os direitos, liberdades e garantias são regras e princípios jurídicos, imediatamente eficazes e actuais, por via direta da Constituição e não através da ‘auctoritas interpositio do legislador’. Não são simples ‘norma normarum’ mas ‘norma normata’, isto é, não são meras normas para a produção de outras normas, mas sim normas diretamente reguladoras de relações jurídico-materiais”.

É nesse cenário que se devem entender os dispositivos constitucionais pertinentes à proteção dos Direitos Humanos reconhecidos em tratados internacionais, conferindo-lhes máxima efetividade e aplicação imediata, sobretudo em razão do seu enquadramento como norma de *status* constitucional, como se demonstrará a seguir.

3.2 O § 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 e a construção de um modelo aberto de proteção dos Direitos Humanos

Como marco fundamental do processo de institucionalização dos Direitos Humanos no Brasil, a Constituição Federal de 1988, logo em seu primeiro artigo, erigiu a dignidade da pessoa humana a princípio fundamental (art. 1º, inciso III), instituindo, assim, um novo valor que confere suporte axiológico a todo o sistema jurídico e que se deve considerar quando da interpretação das normas constantes do ordenamento jurídico nacional.

Também no plano internacional, a própria Constituição de 1988 fixou, no seu art. 4º, inciso II⁹⁶, o princípio da *prevalência dos direitos humanos* nas relações internacionais em que tome parte o Estado brasileiro, de modo que, ao celebrar um tratado referente à matéria, assegura-se a observância de suas normas tanto no plano interno quanto no âmbito das relações entre os Estados signatários do tratado ou convenção. É que o Estado brasileiro, por força de mandamento constitucional, obriga-se, na ordem internacional, a defender e implementar os direitos declarados, inclusive com a possibilidade de responsabilização dos Estados recalcitrantes.

Além disso, seguindo a tendência do constitucionalismo contemporâneo⁹⁷, deu-se um passo para a abertura do sistema jurídico brasileiro ao sistema internacional de proteção de direitos humanos, quando, no § 2º do art. 5º da Carta de 1988, deixou-se estatuído que:

⁹⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2006.

⁹⁷ Assim, a conjugação de alguns dos temas centrais do chamado pós-positivismo constitucional – normatividade principiológica, abertura do sistema constitucional e hermenêutica –, em virtude de possuir direta vinculação com a questão dos Direitos Humanos, exige que se faça uma análise detalhada do §2º do art. 5º da Carta Constitucional de 1988.

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte⁹⁸.

Segundo Loureiro (2005, p. 65), a referida norma está dividida em duas partes: a primeira encontra sua origem histórica nas discussões da Constituição Norte-Americana⁹⁹. Está presente ao longo do constitucionalismo brasileiro, desde a Carta de 1891¹⁰⁰, como norma de proteção de direitos e garantias constitucionais não enumerados. A segunda parte do dispositivo, por sua vez, é uma inovação da Constituição de 1988 que incluiu uma cláusula aberta de integração entre os planos interno e internacional visando à proteção de direitos e garantias fundamentais.

Com efeito, o Constituinte brasileiro após enumerar extenso rol de direitos e garantias fundamentais, sempre presentes nas constituições republicanas, esclarece nessa norma que não se trata de uma relação exaustiva, mas aberta à inclusão de direitos e garantias fundamentais não enumerados expressamente, sejam ele implícitos, sejam eles decorrentes do regime e dos princípios adotados pelo próprio texto constitucional.

Sob essa perspectiva, em uma análise primeira do dispositivo em comento, é possível estabelecer uma divisão dos direitos previstos no texto constitucional em três núcleos distintos, conforme classificação proposta por Piovesan (2007, p. 81):

[...] o dos direitos expressos pela Constituição (por exemplo, os direitos elencados pelo texto nos incisos I a LXXVII do art. 5º); b) o dos direitos expressos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte; e finalmente, c) o dos direitos implícitos (direitos que estão subentendidos nas regras de garantias, bem como os direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição).

Com tal classificação, a autora inova em relação à adotada por outros estudiosos do Direito Constitucional no Brasil, como Manoel Gonçalves Ferreira

⁹⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2006.

⁹⁹ A Nona Emenda da Constituição Norte-Americana dispõe que: “*The enumeration in the Constitution of certain rights shall not be construed to deny or disparage others that may be retained by the people.*” In Loureiro (2005, p. 65). Tradução livre: A enumeração na Constituição de determinados direitos não será interpretada para negar ou desacreditar outros que podem ser retidos pelos povos.

¹⁰⁰ Art. 78 da Constituição Federal do Brasil de 1891 define “A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não excluem outras garantias e direitos não-enumerados, mas resultantes da forma de governo que ella estabelece e dos princípios que consigna”. In Loureiro (2005, p. 71).

Filho¹⁰¹ e José Afonso da Silva¹⁰². Este último, por sua vez, também propõe uma classificação dos direitos em três categorias, sendo duas delas similares às propostas por Piovesan. Porém, no tocante aos Direitos Humanos oriundos dos tratados que o Brasil tenha assinado ou ratificado, assevera o referido autor que estes “não são nem explícita nem implicitamente enumerados, mas provêm ou podem vir a prover do regime adotado, como o direito de resistência, entre outros de difícil caracterização a priori”.¹⁰³

Sem embargo de tal opinião, não há como aceitar a postura pela qual os Direitos Humanos positivados em textos internacionais seriam vagos ou de difícil conceituação. A imprecisão, admite-se, pode até ser atribuída aos direitos considerados implícitos, mas não em relação aos Direitos Humanos que expressamente constem em tratados internacionais, bastando examinar as convenções para que se possa delimitar o universo dos direitos internacionais constitucionalmente protegidos.

No entanto, ao contrário desta postura aberta em relação ao disposto no § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se limitado a identificar em regras constitucionais expressas no texto, mas fora do Título II, o *status* de direitos ou garantias fundamentais não expressos, decorrentes do regime democrático e dos princípios fundamentais, em geral com a única finalidade de reconhecer a natureza pétrea destes preceitos constitucionais.¹⁰⁴

Esse é um entendimento excessivamente restrito se comparado às possibilidades interpretativas decorrentes da primeira parte do § 2º do art. 5º da Carta de 1988. Deveras, se os direitos e garantias expressos na Constituição, ou seja, não apenas aqueles constantes do Título II, não excluem outros decorrentes do regime ou dos princípios nela consagrados, tem-se, na verdade, que o rol desses direitos e garantias expressos ultrapassa não só o elenco daqueles enumerados no

¹⁰¹ Afirma o autor: “Mas há possibilidade – que suscita graves dificuldades interpretativas – de que o regime do direito reconhecido em tratado seja diferente do que a Constituição atribui ao mesmo direito. Qual regime haverá de prevalecer? Na medida em que, no direito pátrio, a norma proveniente de tratado tem a hierarquia de lei ordinária e não de regra constitucional, a conclusão, a meu ver, é o prevalecimento do regime estabelecido pela Carta Magna.” (FERREIRA FILHO, 2000, p.84).

¹⁰² SILVA, 2003, p. 193.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 81.

¹⁰⁴ Como ocorreu, v.g., no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939-7/DF, na qual se admitiu, nos termos do disposto na primeira parte do § 2º do art. 5º, a existência de outros direitos fundamentais, além daqueles expressos no art. 5º, constantes de outros títulos da Constituição, como, no caso, o caráter de garantia individual do princípio da anterioridade tributária e sua natureza de cláusula pétrea. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 939-7/DF. DJ. 05.01.1994.

art. 5º, como também o dos artigos que compõem o texto constitucional como um todo.

Nessa linha, o verdadeiro esforço está em identificar quais seriam, então, os direitos e garantias fundamentais não enumerados expressamente na Constituição, mas que decorrem do regime democrático e dos princípios por ela adotados, como, por exemplo, os decorrentes do princípio da prevalência da dignidade da pessoa humana. Não há, pois, como sustentar essa interpretação restritiva, ainda que a Constituição tenha sido pródiga em enumerar analiticamente direitos e garantias fundamentais. Esse caráter aberto na proteção dos direitos fundamentais inserido no § 2º do art. 5º pode, perfeitamente, responder a casos em que os julgadores não encontrem em normas formalmente constitucionais o fundamento para regular, juridicamente, situações fáticas decorrentes de um mundo em constante avanço científico e tecnológico, com reflexos imediatos e imprevisíveis nas relações políticas e socioeconômicas.

Por outro lado, a segunda parte do referido § 2º, como já se destacou, constitui inovação constitucional, instituindo um sistema de integração entre as normas de Direito Constitucional e as de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Sobre o tema, Dallari (1994, p. 62) argumenta que:

A prevalência dos direitos humanos, enquanto princípio norteador das relações exteriores do Brasil e fundamento colimado pelo país para a regência da ordem internacional não implica tão-somente o engajamento no processo de edificação de sistemas de normas vinculados ao Direito Internacional Público. Impõe-se buscar a plena integração das regras de tais sistemas à ordem jurídica interna de cada Estado, o que ressalta a importância do já mencionado §2º do art. 5º da Constituição brasileira de 1988, que dá plena vigência aos direitos e garantias decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Ao incorporar em seu texto esses Direitos Humanos provenientes de tratados internacionais, está a Constituição atribuindo-lhes uma natureza especial e diferenciada, qual seja a natureza de “norma constitucional”, fazendo com que tais instrumentos passem a integrar o rol dos direitos e garantias constitucionalmente assegurados. Sob tal premissa, os direitos enunciados nos tratados de Direitos Humanos em que o Brasil é parte integram o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, especialmente em razão da força expansiva dos valores da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, tomados como parâmetros

axiológicos que orientam a compreensão do fenômeno constitucional. Sobre a questão, ensina Mazzuoli (2001, p. 111) que:

Estabelecendo a Carta de 1988 que os direitos e garantias nela enumerados não excluem outros provenientes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, é porque ela própria está a autorizar que tais direitos e garantias constantes nesses tratados "se incluem" no ordenamento jurídico brasileiro, como se escritos no rol de direitos constitucionais estivessem.

Há que se ponderar, todavia, que, na espécie, somente detêm esse *status de norma constitucional* aqueles direitos oriundos de tratados que versem sobre Direitos Humanos, eis que os demais tratados que versem sobre outras matérias terão natureza de norma infraconstitucional.

Por outro lado, não se há de olvidar que, se as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, os tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos, uma vez ratificados, por também conterem normas que dispõem sobre direitos e garantias fundamentais, de igual maneira, terão, dentro do contexto constitucional brasileiro, idêntica aplicação imediata, tal como assegurado no art. 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988, segundo o qual: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata"¹⁰⁵.

Nesse contexto, tendo em vista a concepção de *Constituição aberta*, o rol de direitos e garantias fundamentais expressamente enumerados aceita a aderência de outras disposições reconhecidas no âmbito das relações internacionais e positivadas em declarações e tratados em que seja parte a República Federativa do Brasil, dando-lhes eficácia imediata, de complementaridade, e autorizando o seu exercício imediato pelos indivíduos no território brasileiro.

Isso ocorre, sem dúvida, em razão do tratamento de especialidade dispensado pelo constituinte aos direitos humanos. Piovesan (2007, p. 94) defende essa concepção:

Justifica-se na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre Estados-partes, aqueles transcendem os

¹⁰⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2006.

meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes. Os tratados de direitos humanos objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas do Estado.

No mesmo sentido, é o posicionamento do eminente jurista Cançado Trindade (1997, pp. 20-21):

O disposto no artigo 5º, §2º da Constituição Brasileira de 1988 se insere na nova tendência de Constituições latino-americanas recentes de conceder um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados. A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição Brasileira de 1988: se, para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar às suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte os direitos fundamentais nele garantidos passam, consoante os arts. 5º, §2º e 5º, §1º, da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno.

Assim, com base nesses dispositivos, defende-se, aqui, que os tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil têm índole e nível constitucionais, além de aplicação imediata, não podendo ser revogados por lei ordinária posterior, como será esmiuçado a seguir.¹⁰⁶

3.3 O nível hierárquico dos Tratados de Direitos Humanos no Brasil

O texto constitucional brasileiro de 1988 é, como já ressaltado neste estudo, demasiadamente omissivo quanto ao conflito entre tratados internacionais e leis internas, entendendo-se aí também os conflitos entre tratados e normas constitucionais.

¹⁰⁶ Atualmente, no Brasil, já se encontram ratificados e em pleno vigor significativos tratados sobre Direitos Humanos pertencentes ao sistema global, de que são exemplos a Convenção para Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951), o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (1966), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (1965), a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (1979), a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes (1984), a Convenção sobre os direitos da criança (1989) e o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (1998). No sistema interamericano, também a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969).

A questão se torna ainda mais instigante quando esses conflitos se operam entre tratados internacionais sobre Direitos Humanos e normas internas, sejam estas infraconstitucionais ou mesmo constitucionais.

Sobre o tema, quatro correntes buscam explicar qual a natureza jurídica dos tratados internacionais sobre Direitos Humanos e, por conseguinte, sua posição hierárquica perante o ordenamento jurídico interno, vislumbrando neles o caráter legal, supralegal, constitucional ou mesmo supraconstitucional de suas normas.

3.3.1 O caráter legal

Nenhuma das Constituições brasileiras anteriores à atual se referiu expressamente aos tratados de Direitos Humanos. Em 1969, data da Constituição anterior à ora vigente, poucos eram os instrumentos internacionais ratificados pelo Brasil. Além disso, na vigência de uma ordem constitucional gerada pelo regime militar, não era de se esperar sequer a existência de disposições acerca do impacto de Tratados de Direitos Humanos no ordenamento interno, quanto mais sobre seu posicionamento hierárquico.

O constituinte de 1988, ciente da necessidade de complementar, após a abertura democrática, o rol de proteção dos direitos fundamentais, tendo em vista os abusos cometidos contra os Direitos Humanos no período da ditadura militar, houve por bem a eles expressamente se referir no texto constitucional, dispondo sobre a prevalência dos Direitos Humanos nas relações internacionais mantidas pelo Brasil (art. 4º, inciso II), sobre a inclusão de outros direitos fundamentais oriundos de tratados internacionais (art. 5º, § 2º) e sobre a formação de um tribunal internacional de direitos humanos (art. 7º do ADCT).

Como somente em 1992 foram ratificados pelo Brasil a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, não houve, até então, discussão mais concreta acerca de eventual conflito entre as normas oriundas de tratados internacionais de Direitos Humanos e o Direito Interno.

Com efeito, assevera Galindo (2002, p. 253):

Na medida em que muitos dos direitos consagrados no art. 5º da Constituição Federal de 1988 coincidiam com aqueles dispostos nos tratados internacionais de que o Brasil tomou parte, a percepção que imperava dentre os juristas pátrios era a de que a proteção interna prescindia da proteção internacional.

Após a ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida por Pacto de San José da Costa Rica, vislumbrou-se uma colisão entre direitos consagrados em tratados internacionais e os assegurados pela própria Constituição. É que a Carta Magna de 1988, em seu art. 5º, inciso LXVII, proíbe a ocorrência de prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel. O art. 7º, 7, da referida Convenção, por sua vez, veda terminantemente a prisão por dívida, salvo no caso de inadimplemento de obrigação alimentar.

Como se vê, especificamente no tocante ao depositário infiel, a norma oriunda do tratado internacional mostrou-se mais favorável do que a de Direito Interno, vez que proíbe sua prisão, ao passo que a norma interna a excepciona como possível. A questão instaurada, todavia, é que a norma consagrada no tratado, conquanto mais favorável à proteção dos direitos humanos, colide com disposição expressa do texto constitucional, a suscitar, portanto, a indagação quanto à supremacia ou não de norma internacional sobre a Constituição.

O assunto foi decidido no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus n. 72.131*, que considerou constitucional a prisão do depositário infiel, afastando a aplicação da Convenção Americana. Em linhas gerais, os argumentos lançados pelos Ministros da Suprema Corte dão conta de que os compromissos assumidos pelo Brasil, em tratado internacional em que seja parte, não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição e, por tal razão, o art. 7º, n. 7, do *Pacto de San José da Costa Rica* deve ser interpretado com as limitações impostas pelo art. 5º, LXVIII, da Constituição.

A respeito da matéria, transcrevem-se, a seguir, trechos do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello no julgamento do Recurso Extraordinário nº 252.748, segundo o qual os tratados de Direitos Humanos possuem *status* meramente legal. *In verbis*:

É inquestionável dentro do sistema jurídico brasileiro, que a normatividade emergente dos tratados internacionais permite situar tais atos de direito internacional público, no que concerne à hierarquia das fontes, no mesmo plano e grau de eficácia em que se posicionam as leis internas de caráter meramente ordinário, como reconhece a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal [...].

Inexiste na perspectiva do modelo constitucional vigente no Brasil, qualquer precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno, sobretudo em face das cláusulas inscritas no texto da Constituição da República, eis que a ordem normativa externa não se superpõe, em hipótese alguma, ao que prescreve a Lei Fundamental da República.¹⁰⁷

Ainda na mesma linha de entendimento, ressaltou o Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do RHC 79.785, publicado no DJ de 22/11/2002:

[...] a prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos. Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b)¹⁰⁸.

Como se pode depreender da análise dos votos, para o Supremo Tribunal Federal os tratados ou convenções internacionais, inclusive os que versem sobre Direitos Humanos, estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Por conseguinte, para esta concepção, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais que, incorporados ao sistema do direito positivo interno, de algum modo conflitem, formal ou materialmente, com o texto constitucional. Assim, segundo o entendimento da Suprema Corte, os tratados de Direitos Humanos em que o Brasil seja parte possuem natureza meramente legal, com hierarquia infraconstitucional, sem qualquer estatura especial, sendo similares aos demais tratados. Nega, por conseguinte, a interpretação de que o art. 5º, § 2º, estaria a conceder aos tratados de direitos humanos nível hierárquico constitucional.

Não obstante a autoridade dessas decisões do Supremo Tribunal Federal, não há como não apreciar, ao menos criticamente, os seus fundamentos. Alegar que

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Despacho do Ministro Celso de Mello. RE n. 252.748, Rel. Min. Celso de Mello, j. 02.09.1999. Diário da Justiça, Brasília, 30.09.1999, p. 35.

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Sepúlveda Pertence. RHC 79.785. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 29.03.2000. *Informativo STF*, Brasília, n. 187, 2000.

o tratado internacional sobre Direitos Humanos tem *status* de paridade com a lei ordinária é passar ao largo da discussão trazida pela mais qualificada doutrina dos direitos fundamentais, sobretudo quanto à premissa de que o art. 5º, § 2º não estabelece que normas internacionais se sobreponham às internas, mas sim que um direito consagrado no tratado internacional afaste a aplicação de um direito expressamente estatuído na Constituição, se for mais benéfico ao indivíduo.

Assim, a concepção majoritária do Supremo Tribunal Federal se afasta da inarredável complementaridade que os tratados internacionais sobre Direitos Humanos exercem em relação ao rol de direitos consagrados, dificultando, por conseguinte, a máxima efetivação do texto constitucional no tocante à proteção desses direitos, trazendo graves conseqüências à aplicação destes tratados no Brasil.

3.3.2 O caráter supralegal

A tese da possibilidade de se considerarem os tratados de Direitos Humanos como supralegais, mas necessariamente infraconstitucionais, foi sugerida pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do RHC n. 79.785. Na linha deste entendimento, não poderia o Juiz nacional, na qualidade de órgão do Estado cuja autoridade deriva da própria Constituição, buscar, senão nessa mesma Constituição, o critério de solução de eventuais antinomias entre normas internas e internacionais.

Para tal posicionamento, o tratado internacional derivaria sempre de um fundamento constitucional e em nenhuma hipótese poderá transcender ao que foi posto originariamente pelo legislador constitucional. Entretanto, não obstante o consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva interna, dos tratados a ela incorporados, ressalva-se que, no tocante às convenções internacionais de proteção aos Direitos Humanos, parificá-las às leis ordinárias “seria esvaziar de muito do seu sentido a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos”.¹⁰⁹

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Transcrição do voto do Ministro Sepúlveda Pertence. RHC n. 79.785. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 29.03.2000. *Informativo STF*, Brasília, n. 187, 2000.

Conclui o Ministro Sepúlveda Pertence¹¹⁰, defensor do caráter supralegal dos tratados de direitos humanos que:

Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, tendo assim - aproximado-me, creio, da linha desenvolvida no Brasil por Cançado Trindade [...] e pela ilustrada Flávia Piovesan [...] – a aceitar a outorga de força supra-legal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes.

3.3.3 O caráter constitucional

Uma das maiores influências nos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, no Brasil, foi a Constituição Portuguesa de 1976. Essa influência pode ser percebida pela simples leitura do art. 16º, 1, da Constituição Portuguesa, que serviu de fonte inspiradora para a redação o art. 5º, § 2º da Constituição brasileira de 1988. Assim dispõe a Constituição Portuguesa:

Art. 16º Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis ao direito internacional.¹¹¹

A doutrina portuguesa interpreta o art. 16º, 1, como consagrador da estatura constitucional das normas internacionais de Direitos Humanos. Para Gomes Canotilho (1993, p. 528):

Os direitos consagrados e reconhecidos pela constituição designam-se, por vezes, direitos fundamentais formalmente constitucionais, porque eles são enunciados e protegidos por normas com valor constitucional formal (normas que têm a forma constitucional). A Constituição admite, porém, outros direitos fundamentais constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. Em virtude de as normas que os reconhecem e protegem não terem a forma constitucional, estes direitos são chamados direitos materialmente fundamentais. Por outro lado, trata-se de uma 'norma de fattispecie aberta', de forma a abranger, para além das positizações concretas, todas as possibilidades de 'direitos' que se propõem no horizonte da acção humana. Daí que os autores se refiram também aqui ao princípio da não identificação ou da cláusula aberta. Problema é o de saber como distinguir, dentre os direitos sem assento constitucional, aqueles com

¹¹⁰ Idem.

¹¹¹ In Galindo (2002, p. 42).

dignidade suficiente para serem considerados fundamentais. A orientação tendencial de princípio é a de considerar como direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais os direitos equiparáveis pelo seu objecto e importância aos diversos tipos de direitos formalmente fundamentais. Neste sentido, o âmbito normativo do art. 16, 1, 'alarga-se' ou 'abre-se' a todos os direitos fundamentais e não, como já se pretendeu, a uma certa categoria deles – os direitos, liberdades e garantias.

Da análise do citado dispositivo, aponta-se para um sentido material dos direitos fundamentais, de modo que estes não são apenas os que as normas formalmente constitucionais consagram. São ou podem ser também os direitos provenientes de outras fontes, na perspectiva mais ampla da Constituição material. Desse modo, abre-se para a ideia de que o texto constitucional não traz um elenco taxativo de direitos fundamentais. Pelo contrário, a enumeração é aberta e pronta para ser colmatada por outros direitos, além daqueles já definidos.

No Brasil, o § 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 parece, de fato, dever sua elaboração à Constituição Portuguesa. Entretanto, o estabelecimento de cláusulas abertas já encontrava guarida, aqui, na longa tradição constitucional pátria. Nesse sentido, a Constituição de 1891, em seu art. 78, já consagrava:

Art. 78. A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna.¹¹²

Esta tradição foi mantida em todas as Constituições seguintes do Brasil. Na doutrina brasileira, Cançado Trindade, na seara do Direito Internacional, e Flávia Piovesan, no Direito Constitucional, foram os grandes responsáveis pela difusão da interpretação segundo a qual o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal brasileira de 1988 estaria a consagrar a estatura hierárquica constitucional das normas de Direitos Humanos oriundas de tratados internacionais, em complementação ao rol de direitos e garantias fundamentais expressamente enumerados pela Carta Magna.

Para Cançado Trindade (1998, p. 88):

O propósito do disposto nos parágrafos 2 e 1 do artigo 5 da Constituição não é outro que o de assegurar a aplicabilidade direta pelo Poder Judiciário nacional da normativa internacional de proteção, alçada a nível constitucional [...]. Desde a promulgação da atual Constituição, a normativa dos tratados de direitos humanos em que o Brasil é parte tem efetivamente nível constitucional, e entendimento em contrário requer demonstração. A tese da equiparação dos tratados de direitos humanos à legislação

¹¹² In Loureiro (2005, p. 71).

infraconstitucional – tal como ainda seguida por alguns setores em nossa prática judiciária -, não só representa um apego sem reflexão a uma tese anacrônica, já abandonada em alguns países, mas também contraria o disposto no art. 5(2) da Constituição Federal Brasileira.

Trata-se, pois, de conferir às normas oriundas de tratados internacionais de Direitos Humanos estatuto constitucional, sob o aspecto material¹¹³, em razão da cláusula aberta contida no art. 5º, §2º, da Constituição. O reconhecimento é explícito, fazendo com que a Constituição assuma o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais nos quais o Brasil é parte. Ainda que tais direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas em tratados internacionais, a Constituição lhes confere o valor jurídico de norma materialmente constitucional, vez que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previsto pela Carta Magna.

Diferente não é a tese defendida por Piovesan (2007, p. 83), para quem:

A interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional levam a crer na plausibilidade desta interpretação.

Nesse contexto, tem-se que, para os que alçam as normas oriundas de tratados internacionais de Direitos Humanos à hierarquia constitucional, há que se densificar as normas e princípios da Constituição, alargando o bloco da constitucionalidade a princípios não escritos. Os Direitos Humanos integrariam, assim, o chamado ‘bloco de constitucionalidade’, densificando a regra constitucional positivada no § 2º do art. 5º, caracterizada como cláusula constitucional aberta.¹¹⁴

¹¹³. Canotilho (1998, p. 68) afirma: “Ao apontar para a dimensão material, o critério em análise coloca-nos perante um dos temas mais polêmicos do direito constitucional: qual é o conteúdo ou matéria da Constituição? O conteúdo da Constituição varia de época e de país para país e, por isso, é tendencialmente correto afirmar que não há reserva de Constituição no sentido de que certas matérias têm necessariamente de ser incorporadas na constituição pelo Poder Constituinte. Registre-se, porém, que historicamente (na experiência constitucional), foram consideradas matérias constitucionais, ‘par excellence’, a organização do poder político (informada pelo princípio da divisão de poderes) e o catálogo dos direitos, liberdades e garantias”. Prossegue o mesmo autor: “Um *tópos* caracterizador da modernidade e do constitucionalismo foi sempre o da consideração dos direitos do homem’ como ‘ratio essendi’ do Estado Constitucional. Quer fossem considerados como ‘direitos naturais’, ‘direitos inalienáveis’ ou ‘direitos racionais’ do indivíduo, os direitos do homem, constitucionalmente reconhecidos, possuíam uma dimensão projectiva de comensuração universal” (CANOTILHO, 1998, p. 18)

¹¹⁴ Ao focar a cláusula aberta do art. 16 da Constituição portuguesa, afirma Jorge Miranda (ANO, v. 4, p. 153) “O n. 1 do art. 16 da Constituição aponta para um sentido material de direitos fundamentais: estes não são apenas os que as normas formalmente constitucionais enunciam; são ou podem ser também direitos provenientes de outras fontes, na perspectiva mais ampla da Constituição material.

Segundo Sarlet (2001, pp. 77-78):

O reconhecimento de um sistema de direitos fundamentais, ao invés de se associar à idéia de sistema lógico-dedutivo – portanto autônomo e auto-suficiente -, vincula-se à idéia de sistema tanto aberto como flexível, receptivo a novos desenvolvimentos e sensível às mudanças, harmonizando-se, assim, com a concepção de que a Constituição forma um sistema aberto de regras e princípios.

Ainda para o referido autor, a fundamentalidade abarca tanto o aspecto formal como o material. A fundamentalidade material surge da circunstância de os direitos fundamentais serem elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade. E é em virtude do próprio texto constitucional – o art. 5º, § 2º - que a fundamentalidade material permite a possibilidade de a Constituição se abrir a direitos não inseridos no seu próprio texto, sendo, portanto, apenas materialmente constitucionais.¹¹⁵

A concepção da fundamentalidade meramente formal é, portanto, insuficiente para uma conceituação dos direitos fundamentais no Brasil, uma vez que não reconhece os direitos não constantes do catálogo dos direitos fundamentais.

Diante do art. 5º, § 2º, portanto, haveria duas categorias de direitos fundamentais: aqueles formal e materialmente constitucionais, constantes do texto constitucional – e aqueles apenas materialmente constitucionais – que não se encontram no texto constitucional.

Sarlet¹¹⁶ é claro ao afirmar que:

[...] os direitos materialmente fundamentais oriundos das regras internacionais – embora não tenham sido formalmente consagrados no texto da Constituição – se aglutinam à Constituição material e, por esta razão, acabam tendo status equivalente [...] a tese da equiparação [...] entre os direitos fundamentais localizados em tratados internacionais e os com sede na Constituição formal é a que mais se harmoniza com a especial dignidade jurídica e axiológica dos direitos fundamentais na ordem jurídica interna e internacional, constituindo, ademais, pressuposto indispensável à

Não se depara, pois, no texto constitucional um elenco taxativo de direitos fundamentais. Pelo contrário, a enumeração é uma enumeração aberta, sempre pronta a ser preenchida ou completada através de outros direitos ou, quanto a cada direito, através de novas faculdades para além daquelas que se encontram definidas ou especificadas em cada momento. Daí pode apelidar-se o art. 16, n. 1, de cláusula aberta ou de não tipicidade de direitos fundamentais”.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 81.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 132.

construção e consolidação de um autêntico direito constitucional internacional dos direitos humanos[...].

Por essas razões, tidas por corretas neste estudo, a Constituição de 1988 recepciona os Direitos Humanos enunciados em tratados internacionais em que o Brasil é parte, conferindo-lhes natureza de norma constitucional. Vale dizer, os direitos constantes dos tratados internacionais integram e complementam o rol dos direitos constitucionalmente previstos, o que justifica estender a eles o tratamento constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais, inclusive sob a proteção das cláusulas pétreas.¹¹⁷

Por outro lado, há autores que consideram os tratados internacionais de Direitos Humanos como ocupantes de hierarquia constitucional com algumas limitações.

Gomes (1994, p. 21-31) considera que o art. 5º, § 2º, não concede força constitucional aos tratados de Direitos Humanos, exceto nos casos em que eles visem meramente a repetir ou complementar um direito fundamental consagrado no texto constitucional.

Tavolaro (1992, pp. 218-227), por sua vez, crê que o art. 5º, § 2º, consagra uma abertura aos tratados de Direitos Humanos, que seriam decorrentes do poder constituinte derivado, consubstanciada na negociação dos instrumentos convencionais. Um tratado, portanto, poderia acrescentar um direito não expresso, mas nunca modificá-lo. Afinal, como os direitos fundamentais constituem cláusulas pétreas, não podendo ser abolidos sequer por meio de Emenda à Constituição, e tendo em vista, inclusive, que é nessa condição – ou seja, de “equivalentes às Emendas Constitucionais” – que os tratados internacionais de Direitos Humanos podem ser incorporados ao ordenamento (nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição), restaria apenas a possibilidade de acréscimo de novos direitos ao rol já existente, mas nunca a sua modificação ou revogação.

Há que se enfatizar, ainda, que mesmo para estes autores os demais tratados internacionais têm força hierárquica infraconstitucional, enquanto os direitos

¹¹⁷ Tal interpretação é condizente, ainda, com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, pelo qual a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê. Na lição de Konrad Hesse (1991, p. 22-23) “a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma. [...] A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação”

enunciados em tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos apresentam valor de norma constitucional.

Com efeito, o direito brasileiro faz opção por um sistema misto disciplinador dos tratados. Nesse sistema há a combinação de regimes jurídicos diferenciados: um que se aplica aos tratados de Direitos Humanos e outro aplicável aos demais tratados. Enquanto os tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos, por força do art. 5º, § 2º, da Constituição, apresentam hierarquia constitucional, os demais tratados apresentam hierarquia infraconstitucional.

Dessa forma, deve-se entender que, em se tratando de Direitos Humanos provenientes de tratados internacionais em que o Brasil seja parte, há de ser sempre aplicado, no caso de conflito entre o produto normativo convencional e a Lei Magna Fundamental, o princípio da *primazia da norma mais favorável às vítimas*. Ou seja, se tais Direitos Humanos, uma vez introduzidos por tratado internacional devidamente ratificado, gozam do *status* de norma materialmente constitucional, uma vez entrando em aparente conflito com outra norma constitucional, será pelo princípio da norma mais favorável que se poderá resolver a tensão, optando pela norma mais benéfica, seja ela de Direito Internacional, seja de Direito Interno, vez que os sistemas devem interagir em prol dos seres protegidos.

3.3.4 O caráter supraconstitucional

Para o monismo com prevalência do Direito Internacional, todos os tratados, inclusive os de Direitos Humanos, possuem ou podem possuir uma estatura supraconstitucional.

Ao caráter especial dos tratados de proteção dos Direitos Humanos parte da doutrina publicista sustenta, ainda, que tais tratados apresentam superioridade hierárquica, inclusive, em relação aos demais atos internacionais de caráter mais técnico, formando um universo de princípios que apresentam especial força obrigatória, denominado *jus cogens*.¹¹⁸

¹¹⁸ Na lição de Hilary Charlesworth e Christine Chinkin (1993, p. 66), “*Jus cogens* é definido como um conjunto de princípios que resguarda os mais importantes e valiosos interesses da sociedade internacional, como expressão de uma convicção de todas as nações, satisfazendo o superior

No Brasil, merece destaque a posição defendida por Celso de Albuquerque Mello (1999, pp. 25-26)¹¹⁹, que confere caráter supraconstitucional aos tratados de Direitos Humanos, no caso de consagrarem normas mais benéficas. Nas palavras do mencionado autor¹²⁰:

Contudo, sou ainda mais radical no sentido de que a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional, mesmo naquele caso em que uma norma constitucional posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada. A nossa posição é a que está consagrada na jurisprudência e no tratado internacional europeu de que se deve aplicar a norma mais benéfica ao ser humano, seja ela interna ou internacional.

Para tal posicionamento, a prevalência da norma internacional sobre a constitucional se coaduna com o princípio da boa-fé, vigente no Direito Internacional, o *pacta sunt servanda*, e que tem como reflexo o art. 27 da Convenção de Viena, segundo o qual não cabe ao Estado, como já se frisou, invocar disposições de seu Direito Interno como justificativa para o não-cumprimento de tratado.

Ao realçar a supremacia do Direito Internacional em relação ao ordenamento jurídico nacional, argumenta Accioly (1991, p. 5):

É lícito sustentar-se, de acordo, aliás, com a opinião da maioria dos internacionalistas contemporâneos, que o direito internacional é superior ao Estado, tem supremacia sobre o direito interno, por isto que deriva de um princípio superior à vontade dos Estados. Não se dirá que o poder do Estado seja uma delegação do direito internacional; mas parece incontestável que este constitui um limite jurídico ao dito poder. [...] Realmente, se é verdade que uma lei interna revoga outra ou outras anteriores, contrárias à primeira, o mesmo não se poderá dizer quando a lei anterior representa direito convencional transformado em direito interno, porque o Estado tem o dever de respeitar suas obrigações contratuais e não as pode revogar unilateralmente. Daí poder dizer-se que, na legislação interna, os tratados ou convenções a ela incorporados formam um direito especial que a lei interna, comum, não pode revogar.

Tal entendimento, todavia, é rechaçado no Brasil pela jurisprudência e doutrina majoritárias, as quais, conforme já se demonstrou, passaram a acolher a concepção de que os tratados internacionais e as leis federais apresentam a mesma hierarquia jurídica, não obstante aqui se defenda que essa concepção não merece

interesse da comunidade internacional como um todo, com os fundamentos de uma sociedade internacional, sem os quais a inteira estrutura se romperia. Os direitos humanos mais essenciais são considerados parte do '*jus cogens*'. Por exemplo, o '*American Law Institutes Revised Restatement of Foreign Relations Law*' elenca como violações ao jus cogens: a prática ou a impunidade ao genocídio, a escravidão, os assassinatos ou desaparecimentos, a tortura, a detenção arbitrária prolongada ou a sistemática discriminação racial".

¹¹⁹ MELLO, 1999, p. 25-26

¹²⁰ *Ibidem*, p. 25.

aplicação no tocante aos tratados de Direitos Humanos, vez que estes, como já se assinalou, uma vez ratificados pelo Brasil, passam a integrar o elenco dos direitos e garantias fundamentais, gozando do *status* de norma materialmente constitucional, nos termos já expostos anteriormente.

Assim, diante da análise de tais proposições acerca da hierarquia jurídica das normas de Direitos Humanos oriundas de tratados internacionais, forçoso reconhecer que o texto original da Constituição Federal atribui às referidas normas, por força do disposto no § 2º do art. 5º, natureza materialmente constitucional, assegurando, ainda, a tais tratados aplicabilidade imediata tão logo sejam ratificados, dispensando-se, assim, a edição de decreto de promulgação, a fim de irradiar seus efeitos internos e no plano internacional, tal como se analisará a seguir.

3.4 O novo § 3º do art. 5º e sua relação com a hierarquia dos Tratados de Direitos Humanos

Como já se disse, pelo § 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 as normas decorrentes de tratados internacionais sobre Direitos Humanos ratificados pelo Brasil têm nível constitucional e aplicação imediata. É que se a Constituição estabelece que *os direitos e garantias* nela enumerados não excluem outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque ela própria autoriza que esses direitos se incluam no ordenamento jurídico pátrio, passando a ser considerados normas materialmente constitucionais, vez que a Constituição os inclui no catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu bloco de constitucionalidade.¹²¹

Com efeito, a Carta de 1988, com a disposição do § 2º do seu art. 5º, de forma inédita, passou a reconhecer, no que se refere ao seu sistema de direitos e garantias, uma dupla fonte normativa: a) aquela advinda do Direito Interno (direitos expressos e implícitos na Constituição, estes últimos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados); b) outra advinda do Direito Internacional (tratados internacionais de Direitos Humanos em que o Brasil seja parte).

¹²¹ Cf. MAZZUOLI, 2000, pp. 179-200.

Deveras, de forma clara a Constituição atribui aos tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos devidamente ratificados pelo Brasil a condição de fonte do sistema constitucional de proteção desses direitos. Com isso, tais tratados passam a ser fontes do sistema constitucional de proteção dos direitos fundamentais no mesmo plano de eficácia e igualdade dos direitos expressos ou implícitos consagrados formalmente no texto constitucional. É diante dessa dualidade de fontes em que se insere a completude do sistema que, na hipótese de conflito, deve-se optar preferencialmente pela fonte que proporciona a norma *mais favorável* à pessoa protegida, porquanto o que se almeja é a otimização e a maximização do sistema de proteção dos direitos e garantias individuais.¹²²

Por ser assim, defende-se, neste estudo, que, em razão da cláusula aberta do § 2º do art. 5º da Carta de 1988, o ingresso dos tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos, na vigente ordem constitucional, sempre se deu no mesmo grau hierárquico das normas constitucionais, e não em outro âmbito de hierarquia normativa, como vem entendendo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.¹²³ Com o intuito de por fim às dissensões doutrinárias e jurisprudenciais existentes em torno da hierarquia dos tratados internacionais de Direitos Humanos no ordenamento jurídico pátrio, acrescentou-se ao art. 5º o novo § 3º, por meio da recente Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, proveniente da PEC 29/2000, com a seguinte redação¹²⁴:

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

A redação do novo § 3º é semelhante à do art. 60, § 2º da Constituição Federal, segundo o qual a proposta de Emenda à Constituição “será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos, considerando-se

¹²² Cf. MAZZUOLI, 2002, pp. 359-360.

¹²³ Contra a posição majoritária do STF até então – segundo a qual os tratados internacionais ratificados pelo Estado (inclusive os de Direitos Humanos) têm nível de lei ordinária -, restaram vencidos os votos dos Ministros Marco Aurélio de Melo, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence no julgamento do HC 82.424-2/RS. No voto do Ministro Carlos Velloso, Sua Excelência se manifestou em favor do *status constitucional* dos tratados de Direitos Humanos.

¹²⁴BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2006.

aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.”¹²⁵ Como se vê, tal semelhança está ligada ao fato de que, antes da Emenda Constitucional nº 45, os tratados internacionais de Direitos Humanos, assim como os demais tratados, antes de serem ratificados pelo Presidente da República, eram aprovados pelo Congresso Nacional por maioria simples, nos termos do art. 49, inciso I da Constituição.

Tal diferença de *quorum* gerava controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a aparente hierarquia infraconstitucional desses instrumentos internacionais, quando introduzidos no Direito Interno. Assim, com a nova alteração constitucional, os tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos somente equivalerão às Emendas Constitucionais, uma vez que sejam aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos, por três quintos dos votos dos seus respectivos membros.

Já os demais tratados que não versarem sobre Direitos Humanos serão incorporados como norma infraconstitucional, ainda que eventualmente aprovados pelo procedimento das emendas. Aliás, não existindo a possibilidade de serem elevados ao patamar constitucional, não há necessidade sequer de subsunção desses tratados ao procedimento legislativo especial, reservado apenas aos tratados de Direitos Humanos. Com isso, fica a questão de saber se o novo § 3º do art. 5º da Constituição, acrescentado pela Emenda nº 45/2004, prejudica ou não o entendimento de que em razão do § 2º do mesmo artigo os referidos tratados de Direitos Humanos já gozavam do *status* de norma constitucional, independentemente do *quorum* pelo qual foram aprovados.

Ao que parece, a redação do novo § 3º não invalida a interpretação relativa aos §§ 1º e 2º do art. 5º da Carta de 1988, que tratam, conjugadamente, da aplicação imediata e da hierarquia constitucional dos tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos no ordenamento pátrio.

A redação do novo § 3º constitui, assim, mais um exemplo de falta de compreensão do legislador no que tange à normatividade internacional dos Direitos Humanos.

¹²⁵BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2006.

É que a redação do §3º induz à conclusão de que apenas as convenções aprovadas em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos seus membros, teriam valor hierárquico de norma constitucional, como se tal *status* já não decorresse do disposto no § 2º do mesmo art. 5º e abrangesse todos os tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, independentemente do *quorum* com que sejam aprovados pelo Congresso Nacional.

Com o texto do § 3º, abre-se a possibilidade de se interpretar que alguns tratados, relativamente à matéria dos Direitos Humanos, possam ser aprovados sem o *quorum* dos três quintos, fazendo com que tenham *status* de norma infraconstitucional, ao passo que outros, aprovados com o referido *quorum*, também versando sobre Direitos Humanos, equivalham à Emenda Constitucional. Surge ainda o problema de saber se os tratados de Direitos Humanos ratificados anteriormente à entrada em vigor da Emenda nº 45, como ocorreu, por exemplo, com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, perderiam o *status* de norma constitucional de que já gozavam em virtude do § 2º, caso agora não sejam submetidos a uma nova aprovação pelo *quorum* do § 3º do mesmo art. 5º.

Desde logo, há que se afastar o entendimento segundo o qual, em face do § 3º do art. 5º, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal (e não como norma constitucional), pois não teriam obtido o *quorum* qualificado de três quintos, demandando pelo aludido parágrafo. Reitere-se, portanto, que por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de Direitos Humanos, independentemente do *quorum* de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O *quorum* qualificado está tão-somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a constitucionalização formal dos tratados de Direitos Humanos no âmbito jurídico interno.¹²⁶

Também não procede o argumento de que diante de um tratado de Direitos Humanos que tenha sido ratificado antes da entrada em vigor do § 3º, do art. 5º poderia o Congresso Nacional novamente aprová-lo, mas agora pelo *quorum* de três quintos, para que esse tratado pudesse equivaler a uma Emenda Constitucional, já que para o Supremo Tribunal Federal seu *status* era o de lei ordinária. Não há no novo § 3º qualquer menção ou ressalva aos compromissos

¹²⁶ Cf. PIOVESAN, 2007, p.72.

assumidos anteriormente pelo Brasil. Isso, todavia, não induz à necessidade de se submeter à nova votação qualquer ato normativo editado precedentemente à Emenda Constitucional nº 45, quando esta passou a exigir, em relação a determinada matéria, já regulamentada anteriormente, veiculação por meio de instrumento normativo que exija *quorum* qualificado.

Nesse caso, diante da ausência de disposição relacionada aos tratados e convenções internacionais que já se encontravam em vigor, não se pode interpretar que a omissão da norma constitucional imponha a aplicação retroativa de modo a exigir nova aprovação, agora pelo procedimento das emendas. Isso significa que, diante da omissão legislativa, deve prevalecer a regra da irretroatividade dos atos normativos, pois os tratados precedentes foram incorporados ao ordenamento jurídico com a observância do devido processo legislativo exigido na época, constituindo, portanto, ato legislativo perfeito.

Admitir uma interpretação contrária conduziria a uma distinção desarazada, vez que o Congresso Nacional poderia, ao seu alvedrio, decidir qual hierarquia normativa que devem ter determinados tratados de Direitos Humanos em detrimento de outros, criando “categorias” jurídicas entre os próprios instrumentos internacionais de Direitos Humanos e dando tratamento diferente para normas internacionais que têm o mesmo fundamento validade e o mesmo conteúdo ético.¹²⁷

Ademais, como realça Piovesan (2007, p. 73):

Uma vez mais, corrobora-se o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente ao mencionado parágrafo, ou seja, anteriormente à Emenda Constitucional n.45/2004, têm hierarquia constitucional, situando-se como normas material e formalmente constitucionais. Esse entendimento decorre de quatro argumentos: a) a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os §§ 2º e 3º do art. 5º, já que o último não revogou o primeiro, mas deve, ao revés, ser interpretado à luz do sistema constitucional; b) a lógica e racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos; c) a necessidade de evitar interpretações que apontem agudos anacronismos da ordem jurídica; e d) a teoria geral da recepção do direito brasileiro.

¹²⁷ Sobre o tema, leciona Mazzuoli (2005, p. 14): “Deixar à livre escolha do Poder Legislativo a atribuição aos tratados de direitos humanos de equivalência às emendas constitucionais é permitir que se trate de maneira diferente instrumentos com igual conteúdo principiológico, podendo ocorrer de se atribuir equivalência de emenda constitucional a um ‘Protocolo’ de um tratado de direitos humanos (que é suplementar ao tratado principal) e deixar sem esse efeito o seu respectivo ‘Tratado-quadro’. Admitir uma tal interpretação seria consagrar um verdadeiro paradoxo no sistema, correspondente à total inversão dos valores e princípios dentro do nosso ordenamento jurídico. Daí o por que de se entender que o novo §3º do art. 5º da Constituição não pode, de qualquer maneira, prejudicar o entendimento que vinha sendo seguido por boa parte da doutrina brasileira em relação ao §2º do mesmo art. 5º da Constituição.”

Cumpra, portanto, reconhecer que os tratados internacionais sobre Direitos Humanos ratificados pelo Brasil antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45 gozam do *status* de norma materialmente constitucional, independentemente de terem sido ou não aprovados com observância de *quorum* qualificado. Já no que tange aos tratados que venham a ser ratificados pelo Brasil após a entrada em vigor do novo § 3º do art. 5º, pode-se dizer que estes, além do status de norma materialmente constitucional que virão a deter por força do § 2º, também poderão equivaler às Emendas Constitucionais, se aprovados conforme o rito previsto no citado § 3º e pelo *quorum* de três quintos ali determinado.

Importa investigar, todavia, em que momento do processo de celebração dos tratados terá lugar a prática do disposto no art. 5º, § 3º, vez que a Constituição Federal é silente quanto à questão. É o que se verá a seguir.

3.5 Fase do processo de celebração dos Tratados para aplicação do § 3º do art. 5º da Constituição de 1988

Como já se disse neste estudo, a Constituição de 1988 cuida do processo de celebração dos tratados em apenas dois dispositivos: a) no art. 84, inciso VIII, pelo qual compete privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; e b) no art. 49, inciso I, segundo o qual é da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados que acarretem compromissos gravosos ao patrimônio nacional.¹²⁸

Enquanto não houver a decisão do Congresso Nacional sobre a viabilidade de se aderir às normas internacionais, a vontade manifestada pelo Executivo não se aperfeiçoará. Da interpretação sistemática dos citados dispositivos com o novo § 3º, a primeira conclusão a que se pode chegar é a de que a competência do Congresso Nacional para referendar os tratados internacionais assinados pelo Presidente da República, autorizando-o a ratificá-los, não fica

¹²⁸ Nem se diga que a referência a “encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” exclui da apreciação parlamentar os tratados sobre Direitos Humanos, visto que o art. 84, inciso VIII, da Carta de 1988 é expreso em submeter todos os tratados internacionais assinados pelo Presidente da República ao referendo do Congresso Nacional (Mazzuoli, 2005, p. 12).

suprimida pelo novo dispositivo introduzido pela Emenda Constitucional nº 45, mesmo que o tratado verse sobre Direitos Humanos.

Nesse contexto, se a participação do Congresso Nacional no processo de incorporação dos tratados só é aquela prevista no art. 49, inciso I da Constituição Federal, tem-se que uma primeira hipótese a que se poderia chegar seria a de que tal fase estaria suprimida pelo disposto no novo § 3º do art. 5º da Carta de 1988, em razão do critério da especialidade. Vale dizer: não haveria uma segunda eventual manifestação do Congresso, além daquela já levada a termo no momento da aprovação, para fins de pretensamente decidir sobre qual *status* hierárquico deve ter determinado tratado internacional sobre Direitos Humanos.

Indaga-se, pois, o seguinte: admitindo-se tal possibilidade de supressão da fase do art. 49, inciso I, pelo critério da especialidade, uma vez aprovado eventual tratado sobre Direitos Humanos, logo depois de sua assinatura, mediante o *quorum* qualificado de três quintos a que se refere o novo § 3º, já seria este tratado equivalente a uma Emenda Constitucional? A resposta necessariamente deve ser negativa e, diante do absurdo de seus efeitos, deve ser rechaçada a hipótese. É que não se pode conceber que um tratado de Direitos Humanos passe a ter efeitos de Emenda Constitucional – e, conseqüentemente, passe a ter o poder de reformar a Constituição – antes mesmo de ser ratificado e de começar a vigorar internacionalmente.

Além disso, poderia acontecer de um tratado, mesmo já ratificado e gozando de *status* de Emenda Constitucional, jamais entrar em vigor, como, por exemplo, nos casos de tratados em que se estabelece um número mínimo de ratificações para sua entrada em vigor no cenário internacional. Em casos assim, o Brasil teria aprovado um tratado de Direitos Humanos, pelo *quorum* do § 3º do art. 5º, na fase que seria, em princípio, do art. 49, inciso I, da Constituição, seguindo-se a ratificação e promulgação de seu texto, equivalendo a uma Emenda Constitucional, sem que tal tratado tenha ao menos entrado em vigor no plano internacional, correndo o risco de nem vir a vigorar, caso não haja o preenchimento da condição de um número mínimo de ratificações pelos demais Estados. Veja-se, pois, que tal interpretação, de eliminação da fase do art. 49, inciso I, conduz ao absurdo.

Desse modo, forçoso reconhecer que o § 3º do art. 5º não obriga o Poder Legislativo a aprovar eventual tratado sobre Direitos Humanos pelo *quorum*

qualificado de três quintos. O novo dispositivo apenas autoriza o Congresso Nacional a dar, quando lhe convier, a equivalência de emenda constitucional a tratados dessa natureza. Tal interpretação significa que os instrumentos internacionais sobre Direitos Humanos poderiam continuar a serem aprovados por maioria simples, deixando-se para um momento futuro, depois da ratificação, a decisão dos representantes do povo brasileiro em atribuir a equivalência de emenda a tais tratados.

Diante dessas razões, pode-se concluir que o único momento do processo de celebração de tratados em que poderá ter lugar o novo § 3º do art. 5º da Constituição Federal, será depois de ratificado o tratado e depois de o mesmo já estar em vigor no plano internacional. Caso não seja este o entendimento que venha a ser adotado pelo Congresso Nacional, pugna-se, aqui, ao menos para que se deixe expresso no instrumento que venha a aprovar o tratado que este somente surtirá o efeito que prevê o novo § 3º, vale dizer, que somente equivalerá à Emenda Constitucional, depois de ratificado e em vigor no plano internacional, evitando-se, assim, que venha a valer como tal na ordem interna antes mesmo que esteja em vigor internacionalmente. Dessa forma, caso haja interesse do Congresso Nacional em fazer com que as normas oriundas de tratados sobre Direitos Humanos passem a integrar formalmente a Constituição, deverá aguardar a ratificação do tratado e sua entrada em vigor.

Por fim, cumpre salientar que essa dilação não impede que tais normas, por serem materialmente constitucionais, tenham aplicação imediata no plano interno, conforme se verá a seguir, sem prejuízo de que, posteriormente, possam integrar formalmente o texto constitucional, com *status* de Emenda Constitucional, se aprovadas pelo quorum do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, desde que isso ocorra após a ratificação do tratado e sua entrada em vigor na ordem internacional.

3.6 Equivalência dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos com as Emendas Constitucionais após a entrada em vigor do § 3º do art. 5º da Constituição Federal

Conforme já dito, defende-se neste estudo que os tratados internacionais sobre Direitos Humanos ratificados pelo Brasil já gozam do status de norma

constitucional, em virtude do disposto no § 2º do art. 5º da Constituição. É que, se os direitos e garantias expressos no texto constitucional não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque a própria Constituição os inclui no seu catálogo de proteção, atribuindo-lhes hierarquia constitucional.

Com isso, refuta-se aqui qualquer entendimento no sentido de que os tratados de Direitos Humanos que não venham a ser aprovados pela maioria qualificada prevista no novo § 3º tenham *status* equivalente à lei ordinária federal. Isso porque o *quorum* estabelecido pelo novo § 3º serve tão somente para atribuir eficácia formal a esses tratados no âmbito do ordenamento interno e não para conferir-lhes nível materialmente constitucional que eles já detêm em virtude do § 2º, do art. 5º da Constituição.

De fato, o § 2º do art. 5º da Constituição já atribuía índole constitucional a todos os tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil antes mesmo da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45/2004 e, por conseguinte, do novo § 3º por ela introduzido ao art. 5º.

Isso significa que somente os tratados internacionais sobre Direitos Humanos nos quais o Brasil passou (ou passará) a ser parte depois da entrada em vigor da referida Emenda é que necessitarão ser aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, para serem equivalentes, sob o aspecto formal, às emendas constitucionais, de modo que o novo § 3º teria efeito apenas *ex nunc*.¹²⁹

Tal raciocínio implica dizer que o novo § 3º do art. 5º não poderá abranger situações pretéritas. Nessa linha, se os tratados de Direitos Humanos ratificados anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/2004 são normas materialmente constitucionais por força do § 2º do mesmo artigo, os novos tratados de Direitos Humanos a serem ratificados também serão normas materialmente constitucionais. Contudo, para se converterem em normas também formalmente constitucionais, com equivalência às Emendas Constitucionais, deverão percorrer o procedimento demandado pelo § 3º. No mesmo sentido, afirma Celso Lafer (2005, p. 17):

Com a vigência da Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004, os tratados internacionais a que o Brasil venha a aderir, para serem

¹²⁹ Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (2005, p. 15)

recepçionados formalmente como normas constitucionais, devem obedecer ao 'iter' previsto no novo parágrafo 3º do art.5º.

Desse modo, o que não se pode olvidar é que o novo § 3º do art. 5º da Constituição em nada influi no *status* de norma materialmente constitucional que os tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil já detêm no ordenamento jurídico, em virtude da regra do § 2º do mesmo art. 5º.

Assim, estabelece-se aqui a seguinte situação: pelo § 2º, as normas oriundas de tratados internacionais de Direitos Humanos são consideradas materialmente constitucionais. Já com o § 3º, se, após a sua ratificação e entrada em vigor no âmbito internacional, tais tratados vierem a ser aprovados pelo *quorum* qualificado de três quintos, passam a equivaler às Emendas Constitucionais, integrando, assim, formalmente o texto constitucional.

Há, portanto, uma diferença entre os tratados de Direitos Humanos que têm *status* de norma materialmente constitucional em virtude do § 2º do art. 5º em relação àqueles que, além desse *status* material, venham ulteriormente a ser aprovados pelo *quorum* de três quintos previsto no § 3º do art. 5º da Constituição. É que estes últimos equivalerão às Emendas Constitucionais, vale dizer, essas normas não só integrarão material, mas também formalmente o texto constitucional. Com isso, esses tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, que já detêm o *status* de norma constitucional, nos termos do § 2º do art. 5º, poderão ainda ser formalmente constitucionais, equivalendo às Emendas Constitucionais, desde que, a qualquer momento, depois de sua entrada em vigor, sejam aprovados pelo *quorum* do § 3º do mesmo dispositivo constitucional.

Equivaler a uma Emenda Constitucional para além do seu *status* materialmente constitucional faz com que as normas oriundas desses tratados passem a reformar a Constituição, o que não é possível se elas detiverem apenas o *status* de norma materialmente constitucional. Por conseguinte, uma vez aprovado o tratado pelo *quorum* previsto pelo § 3º, opera-se a imediata reforma do texto constitucional, o que não ocorre pela sistemática do § 2º do art. 5º, vez que os tratados de Direitos Humanos que não equivalham às Emendas Constitucionais, ou seja, que não venham a ser aprovados pelo *quorum* qualificado do § 3º, serão aplicados em caso de conflito com a norma interna somente se atenderem ao princípio da *primazia da norma mais favorável ao ser humano*.

Dizer, portanto, que um tratado equivale a uma Emenda Constitucional significa que ele tem a mesma potencialidade jurídica de uma Emenda. E a função da Emenda não é outra senão reformar o texto constitucional. Com isso, uma vez equivalente à Emenda, a norma oriunda de tratado sobre Direito Humano reformará a Constituição seja para melhor, seja para pior. É para este último aspecto que se deve atentar, a fim de que não seja atribuída a determinado tratado tal equivalência, em caso de a norma prevista no instrumento internacional vir a ser menos benéfica do que aquela já inserida na Constituição.¹³⁰

Outra consequência em se atribuir aos tratados sobre Direitos Humanos a equivalência de Emendas Constitucionais seria a de que não poderão tais tratados ser denunciados, permitindo-se que o Presidente da República seja inclusive responsabilizado por violar disposição expressa da Constituição, caso os denuncie, vez que já incorporados formalmente ao texto constitucional. De fato, na esfera do Direito Internacional é bastante duvidoso afirmar que os Estados possuiriam amplo poder de denunciar tratados sobre Direitos Humanos. Se se considerar que eles se incorporam ao patrimônio jurídico do indivíduo e das coletividades, a possibilidade de denúncia é bastante questionável. Do contrário, a denúncia de tratados por Governos antidemocráticos ou descumpridores de seus deveres de respeito aos Direitos Humanos passaria a servir como instrumento para perpetrar violações.

Do ponto de vista do Direito Constitucional, a denúncia a um tratado se assemelha, em seus efeitos, a uma emenda supressiva, agravada pelo fato de que, no Brasil, a denúncia dos tratados é de competência exclusiva do Presidente da

¹³⁰ A título de exemplo, sugere MAZZUOLI (2005, pp. 17-18) “Às vezes, certo dispositivo de determinado tratado não ‘abole’ nenhum direito ou garantia individual previsto no texto constitucional, mas traz tal direito ou tal garantia de forma ‘menos protetora’, como é o caso, por exemplo, da prisão civil do devedor de alimentos que, segundo a Constituição brasileira de 1988 (art. 5º, inc. LXVII), somente pode ter lugar quando o inadimplemento da obrigação alimentar for ‘voluntário’ e ‘inescusável’. Atente-se bem: a Carta de 1988 somente permite seja preso o devedor de alimentos se for ele responsável pelo inadimplemento ‘voluntário e inescusável’ da obrigação alimentar. Não é, pois, qualquer obrigação alimentar inadimplida que deve gerar a prisão do devedor. O inadimplemento pode ser ‘voluntário’ mas ‘escusável’, no que não se haveria de falar em prisão nesta hipótese. Pois bem. Esta redação atribuída pela nossa Constituição em relação à prisão civil por dívida alimentar difere da redação dada pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que, depois de estabelecer a regra genérica de que ‘ninguém deve ser detido por dívidas’, acrescenta que ‘este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar’ (art. 7, nº7). Como se percebe, o Pacto de San José permite que sejam expedidos mandados de prisão pela autoridade competente, em virtude de ‘inadimplimento de obrigação alimentar’. Não diz mais nada: basta o simples ‘inadimplemento’ da obrigação para que seja autorizada a prisão do devedor. Neste caso, é a nossa Constituição ‘mais benéfica’ que o Pacto, pois contém uma adjetivação restrigente não encontrada no texto deste último e, por isso, seria prejudicial ao nosso sistema de direitos e garantias reformá-la em benefício da aplicação do tratado”.

República. A Constituição Federal de 1988 não traz uma resposta definitiva sobre o tema. Na verdade, diante do silêncio do texto constitucional, deve-se entender possível a denúncia de tratados, mesmo os de Direitos Humanos, embora, neste caso, deva-se ressaltar a necessidade de um procedimento mais complexo.¹³¹

Assim sendo, mesmo que um tratado sobre Direitos Humanos preveja expressamente a possibilidade de sua denúncia, esta não poderá ser levada a efeito pelo Presidente da República, unilateralmente, como ocorre na prática brasileira atual, e nem também por meio de projeto elaborado pelo Congresso Nacional, vez que tais tratados de Direitos Humanos, se equivalentes às Emendas Constitucionais, serão cláusulas pétreas do texto constitucional, não podendo ser abolidos, o que implica, por conseguinte, a impossibilidade de serem denunciados.

Agora, portanto, será preciso distinguir se o tratado que se pretende denunciar equivale a uma Emenda Constitucional (ou seja, se é material e formalmente constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º) ou se apenas detém o *status* de norma materialmente constitucional em virtude do art. 5º, § 2º. Neste último caso, com o ato da denúncia, o Estado brasileiro, no âmbito internacional, passa a não mais ter responsabilidade pelo descumprimento do tratado. Isso, todavia, não ocorre no âmbito interno. Com efeito, nada impede que, tecnicamente, se denuncie um tratado de Direitos Humanos que tem apenas o *status* de norma materialmente constitucional, importando essa denúncia apenas em livrar o Estado de responder pelo cumprimento de tal tratado no âmbito internacional, vez que, internamente, a denúncia não produz efeitos práticos, porquanto os Direitos Humanos consagrados nos tratados estarão definitivamente inseridos no corpo constitucional, permanecendo, inclusive, no mesmo plano hierárquico.

Já no caso de o tratado de Direitos Humanos vir a ser aprovado nos termos do § 3º do art. 5º, o Brasil não poderá mais desvincular-se dele, quer no plano internacional, quer no âmbito interno, podendo o Presidente da República,

¹³¹ A propósito do tema, sugere Flávia Piovesan (2007, p.76) “que seria mais coerente aplicar ao ato da denúncia o mesmo procedimento aplicável ao ato de ratificação. Isto é, se para a ratificação é necessário um ato complexo, fruto da conjugação de vontades do Executivo e Legislativo, para o ato de denúncia também este deveria ser o procedimento. Propõe-se aqui a necessidade do requisito de prévia autorização do Legislativo de ato de denúncia de determinado tratado internacional pelo Executivo, o que democratizaria o processo, como assinala o direito comparado. Entretanto, no direito brasileiro, a denúncia continua a constituir ato privativo do Executivo, que não requer qualquer participação do Legislativo”

como já se disse, ser responsabilizado caso o denuncie, exatamente por estar atentado contra uma cláusula pétrea.

Em suma: os tratados de Direitos Humanos materialmente constitucionais são suscetíveis de denúncia, em virtude das peculiaridades do regime de direito internacional público, sendo de rigor a democratização do processo de denúncia, com a necessária participação do Legislativo. Já os tratados de Direitos Humanos material e formalmente constitucionais são insuscetíveis de denúncia.¹³² Desse modo, o argumento antes corretamente empregado, no sentido de que anteriormente à entrada em vigor da Emenda nº 45 existia um paradoxo, na medida em que os tratados de Direitos Humanos eram aprovados por maioria simples, o que autorizava o Presidente da República, a qualquer momento, a denunciá-los, desobrigando o país do cumprimento daquilo que foi assumido em âmbito internacional, não será mais válido a partir do momento em que o tratado que se pretende denunciar seja equivalente a uma Emenda Constitucional.¹³³

3.7 Aplicação imediata dos Tratados de Direitos Humanos

Como já se pontuou, além de o novo § 3º do art. 5º da Constituição não prejudicar o *status* de norma materialmente constitucional que os tratados internacionais de Direitos Humanos já têm por força do disposto no § 2º do mesmo artigo, a inovação constitucional também não afasta o entendimento aqui defendido no sentido de que esses tratados têm aplicação imediata tão logo sejam ratificados. De fato, se as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais demandam

¹³² Cf. PIOVESAN, 2007, p.77.

¹³³ Sobre a questão, assim lecionava Oscar Vilhena Vieira (2004, p. 204) antes da EC nº 45/2004: “O problema [do §2º do art. 5º da Constituição, antes da existência do novo §3º], no entanto, é que o quorum exigido para a incorporação destes tratados é o de maioria simples, criando assim uma situação paradoxal, onde a Constituição passaria a ser efetivamente emendada pelo quorum ordinário. Mais do que isto, o conteúdo dessas emendas se transformaria automaticamente em cláusula pétrea. O paradoxo é ainda mais grave, na medida em que o Presidente da República pode, a qualquer momento, denunciar o tratado, desengajando a União das obrigações previamente contraídas durante o processo de ratificação. Em última ‘ratio’ o Presidente estaria autorizado a desobrigar o Estado do cumprimento de algo que foi transformado em cláusula pétrea.” [...] Com a nova redação, este problema ficou solucionado (parcialmente), tanto do ponto de vista político quanto jurídico. Politicamente, não mais estaremos alterando nossa Constituição por maioria simples do parlamento. Da perspectiva jurídica, estabeleceu-se claramente a posição hierárquica daqueles tratados de direitos humanos que houverem sido aprovados por maioria de três quintos das duas casas do Congresso.”

aplicação imediata e se, por sua vez, os tratados internacionais de Direitos Humanos têm por objeto justamente a definição de direitos e garantias, é forçoso concluir que tais normas têm aplicação imediata.

Sobre a questão, assim se manifesta Cançado Trindade (1993, pp. 30-31):

Se para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar as suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais neles garantidos, consoante os arts. 5º (2) e 5º (1) da Constituição brasileira de 1988, passam a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno.

Não será possível sustentar, então, que com a ratificação os tratados obrigam diretamente os Estados, mas não geram direitos subjetivos aos particulares, enquanto não advém lei que os incorpore ao ordenamento interno. A aplicação imediata a que se refere o art. 5º, § 1º da Constituição Federal só pode ser entendida se permitir a invocação imediata de tratados e convenções de Direitos Humanos, sem a necessidade de ulterior edição de atos que lhes venham a outorgar vigência interna.

Com isso, permite-se que o particular invoque a tutela dos direitos e liberdades internacionalmente assegurados, assim como se proíbe, desde a ratificação do tratado, a prática de condutas e atos que violem esses mesmos direitos. Ademais, a partir da entrada em vigor do tratado internacional, toda norma preexistente que seja com ele incompatível também perde automaticamente a vigência.

Nesse sentido é o voto proferido pelo Ministro Carlos Velloso, em 04/09/2007, no julgamento do pedido de Medida Cautelar na ADI nº 1480:

A Convenção n. 158/OIT, nas suas regras maiores, especialmente as que consubstanciam direitos e garantias, é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, ou auto-aplicável. É possível que um ou outro dispositivo seu, dispositivo periférico, demande normatização ulterior. As suas normas básicas, que consubstanciam direitos fundamentais sociais, de 2ª geração [...] são auto-aplicáveis.¹³⁴

¹³⁴ VELLOSO, 1997, p. 1.167.

Como se vê, o § 1º do art. 5º da Constituição Federal garante a aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Não há como vincular uma possível aplicação desses tratados internacionais sobre Direitos Humanos a uma posterior aprovação do Congresso Nacional pelo *quorum* previsto no § 3º do mesmo artigo.

De fato, os tratados de Direitos Humanos constituem normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Tais normas, por força de expressa determinação constitucional, têm aplicação imediata, vez que a Constituição não distingue se estas normas garantidoras de direitos fundamentais devem provir do Direito Interno ou do Direito Internacional. Ao contrário, apenas diz que todas elas têm aplicação imediata, independentemente de serem aprovadas por maioria simples ou qualificada. Sobre o tema, afirma Mazzuoli (2002, p. 253):

Tais tratados, de forma idêntica à que se defendia antes da reforma, continuam dispensando a edição de decreto de execução presidencial para que irradiem seus efeitos tanto no plano interno como no plano internacional, uma vez que têm aplicação imediata no ordenamento jurídico brasileiro.

Com isso, uma vez ratificados os tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos, podem ser imediatamente aplicados, independentemente de serem aprovados de acordo com a regra prevista no novo §3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988. Nesse contexto, o diferencial da aplicação imediata diz respeito à impossibilidade de invocação, no ordenamento interno, do caráter *non-self executing* dos tratados de Direitos Humanos, de modo que os direitos deles decorrentes são diretamente aplicáveis sem a necessidade de lei que os regulamente.

Importa dizer, ainda, que ao lado dessa sistemática de incorporação automática do tratado internacional de Direitos Humanos, existe a sistemática da incorporação legislativa dos demais tratados internacionais que não versem sobre Direitos Humanos. No primeiro caso, os tratados internacionais incorporam-se de imediato ao Direito Interno em virtude do ato de ratificação. Já na hipótese de incorporação legislativa, os enunciados dos tratados ratificados dependem necessariamente de legislação interna que os implemente.

Para esta última concepção, da incorporação legislativa, o Estado recusa a vigência imediata do direito internacional na ordem interna, exigindo sua

necessária reprodução ou transformação por uma fonte interna. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem decidido que para que o tratado ratificado produza efeitos no ordenamento interno, faz-se necessária a edição de um ato normativo nacional, vale dizer, um decreto de execução, expedido pelo Presidente da República, com a finalidade de conferir execução e cumprimento ao tratado no âmbito interno.¹³⁵

Sem embargo de tal opinião, defende-se aqui que os tratados de Direitos Humanos, pelo preceituado no art. 5º, § 1º, lido conjuntamente com o § 2º do mesmo artigo, são *self-executing*, não necessitando de qualquer lei que traduza o texto expresso no instrumento convencional para o Direito Interno.

Tal posicionamento encontra fundamento nas lições de Piovesan (2007, p. 86):

Conclui-se que o direito brasileiro faz opção por um sistema misto, no qual, aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – por força do art. 5º, §1º -, aplica-se a sistemática de incorporação imediata automática, enquanto aos demais tratados internacionais se aplica a sistemática de incorporação legislativa, na medida em que se tem exigido a intermediação de um ato normativo para tornar o tratado obrigatório na ordem interna.

Nesse contexto, o novo § 3º do art. 5º em nada veio a modificar o entendimento de incorporação automática dos tratados de Direitos Humanos. Com a inovação constitucional, não parece razoável que, após todo o processo solene e especial de aprovação do tratado de Direitos Humanos (votação em dois turnos em cada Casa do Congresso Nacional e aprovação por três quintos dos membros de cada uma), fique a incorporação do tratado condicionada a um decreto do Chefe do Executivo.

Em síntese, pode-se dizer que no tocante aos tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos, o art. 5º, § 1º da Constituição de 1988 acolhe a sistemática da incorporação automática dos tratados, desde que ratificados, irradiando efeitos de plano e assegurando direitos direta e imediatamente exigíveis

¹³⁵ Para o STF: “O decreto presidencial que sucede à aprovação congressual do ato internacional e à troca dos respectivos instrumentos de ratificação revela-se – enquanto momento culminante do processo de incorporação desse ato internacional ao sistema jurídico doméstico – manifestação essencial e insuprimível, especialmente se considerados os três efeitos básicos que lhe são pertinentes: a) a promulgação do tratado internacional; b) a publicação oficial de seu texto; e c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1.480-DF, rel. Min. Celso de Mello, Informativo STF n. 109, DJU 13.5.1998).

no ordenamento interno, o que reflete a concepção monista. Ademais, como já dito, o § 2º do art. 5º da Carta Magna confere aos mesmos tratados o status de norma materialmente constitucional, sendo que pelo novo § 3º, do mesmo artigo, também poderão equivaler esses tratados às Emendas Constitucionais, a integrar e reformar, portanto, o texto constitucional.

CONCLUSÃO

Os Direitos Humanos, termo de uso comum, mas não categoricamente definido, são identificados a partir de reivindicações morais e políticas, variáveis a partir de sua evolução histórica, formando um sistema correspondente à hierarquia de valores prevalecente no meio social sobre aquilo que todo ser humano tem ou deve ter perante sua sociedade e governo. Mas, essa hierarquia axiológica nem sempre coincide com a consagrada no ordenamento positivo. Há sempre uma tensão dialética entre a consciência jurídica da coletividade e as normas editadas pelo Estado.

Tais normas, sejam elas de Direito Interno ou de Direito Internacional, buscam concretizar, por meio de faculdades e instituições, as exigências oriundas do princípio da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade. No direito brasileiro, verifica-se a opção por um sistema misto no tocante à disciplina dos tratados, vale dizer: um regime aplicável aos tratados de Direitos Humanos e outro relativo aos tratados que versem sobre matérias diversas.

Enquanto os tratados de Direitos Humanos, como se viu, gozam de hierarquia constitucional, por força do disposto no art. 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988, os demais apresentam *status* infraconstitucional. Entretanto, a par de tal concepção, defendida neste trabalho, viu-se que a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal confere aos tratados, indiscriminadamente, paridade com a lei federal. Entre estes dois posicionamentos opostos, registram-se, ainda, opiniões segundo as quais os tratados de Direitos Humanos têm hierarquia supraconstitucional, enquanto outra corrente lhes confere uma hierarquia infraconstitucional, porém supralegal.

Realmente, se é verdade que uma lei interna revoga outra ou outras anteriores, a ela contrárias, o mesmo não se pode dizer, ao menos não sem maior cautela, quando a lei anterior representa direito convencional transformado em direito interno, porque o Estado tem o dever de respeitar suas obrigações perante a comunidade internacional e não as pode revogar unilateralmente. Se a questão dos conflitos entre a norma internacional e a norma interna é resolvida, no direito brasileiro, com base no simples critério cronológico, consoante o qual lei posterior

revoga lei anterior, o mesmo não se pode admitir no tocante àquelas normas oriundas de tratados internacionais de Direitos Humanos.

Sustenta-se, aqui, a hierarquia materialmente constitucional desses tratados, a partir de sua ratificação pelo Brasil, em razão do disposto no § 2º do art. 5º da Constituição Federal, que inclui as normas oriundas de tratados de Direitos Humanos no rol dos direitos fundamentais. Teria sido melhor, é verdade, que o novo § 3º do artigo 5º, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, ao invés de aludir a uma potencial equivalência desses tratados com as Emendas Constitucionais, caso aprovados por *quorum* qualificado e mediante observância do rito especial para votação das Emendas, tivesse, sim, endossado também a hierarquia formalmente constitucional desses tratados. Mas não foi essa a solução apresentada pelo constituinte derivado, o que exige uma interpretação sistemática entre os §§ 2º e 3º do art. 5º, já que o último não revogou o anterior, devendo-se buscar uma solução lógica e racional para a questão, evitando anacronismos e contradições.

A partir do advento do novo § 3º do art. 5º, é preciso, desde já, afastar qualquer entendimento de que os tratados de Direitos Humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, porquanto não teriam sido aprovados pelo *quorum* qualificado de três quintos a que se refere o novo dispositivo, ou por não terem sido submetido a dois turnos de votação em cada Casa do Congresso Nacional. Todos os tratados de Direitos Humanos, independentemente do *quorum* de votação, são normas dotadas de *status* materialmente constitucional, compondo o bloco de constitucionalidade.

Nesse contexto, o que se sustenta, neste estudo, é que o novo § 3º vem tão-somente reforçar essa hierarquia constitucional, ao adicionar a possibilidade de conferir a esses tratados de Direitos Humanos um lastro formalmente constitucional, no âmbito jurídico interno, o que se faz a partir da interpretação sistemática com o disposto no § 2º do art. 5º e também mediante a adoção do princípio da dignidade da pessoa humana como vetor interpretativo para o enquadramento dos tratados de Direitos Humanos como normas dotadas de *status* constitucional.

Defende-se, portanto, que o novo § 3º do art. 5º reconhece não só a natureza materialmente constitucional dos tratados de Direitos Humanos, como reforça a existência de um regime jurídico misto, que os distingue dos tratados tradicionais, como os de cunho comercial, por exemplo. Com relação aos novos

tratados de Direitos Humanos, a serem ratificados posteriormente à entrada em vigor do novo § 3º, estes, por força do § 2º do mesmo art. 5º, já serão normas materialmente constitucionais. Contudo, para se converterem em normas também formalmente constitucionais, equivalentes à Emenda Constitucional, deverão ser aprovados pelo *quorum* previsto no novo comando constitucional e segundo o rito nele estabelecido. Se assim vierem a ser aprovados, passarão a integrar formalmente o Texto Constitucional.

De tal situação, forçoso reconhecer a existência de uma dicotomia no tocante aos tratados de Direitos Humanos, a partir da introdução do § 3º ao art. 5º. Haverá, assim, duas categorias de tratados de Direitos Humanos: a) os materialmente constitucionais, por veicularem matéria e conteúdo essencialmente constitucional; b) os material e formalmente constitucionais. Dessa diversidade de regimes, como se frisou no decorrer da dissertação, surge a questão referente aos efeitos da denúncia, vez que os primeiros seriam a esta suscetíveis, em razão das peculiaridades do regime de direito internacional público, ao passo que os últimos, por integrarem formalmente o Texto Constitucional, não poderão ser denunciados, vez que tal ato, ante a sua unilateralidade, é incompatível com a própria equivalência dos tratados com as Emendas Constitucionais, tomando assento na Constituição não apenas pelo conteúdo que veiculam, mas também pelo especial e dificultoso processo de sua aprovação, a lhes conferir maior grau de legitimidade popular.

Por outro lado, a par dessa inovação, sabe-se que a jurisprudência majoritária, no Brasil, ainda adota a tese da paridade entre os tratados internacionais e a lei infraconstitucional. Não se posicionou, ainda, o Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, após o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004. Espera-se que, dada a necessidade de conferir real proteção aos Direitos Humanos, possam os tribunais pátrios avançar no entendimento da questão, adotando a linha do entendimento aqui sustentado, vale dizer, reconhecendo a hierarquia constitucional dessas normas oriundas de tratados de Direitos Humanos, contribuindo, assim, para a concretização desses direitos, não só no discurso ou na elaboração teórica, mas principalmente no seu reconhecimento e efetivação no meio social.

Desse modo, os tratados de Direitos Humanos constituem poderoso instrumento jurídico para o reconhecimento de valores garantidores da dignidade da pessoa humana, da paz e da democracia. Sua incorporação ao ordenamento jurídico interno deve se dar mediante a observância de seu status de norma

constitucional, com eficácia plena e aplicabilidade imediata, tão logo sejam ratificados, a fim de assegurar a real proteção e gozo dos direitos neles consagrados, sob pena de esvaziamento de seu conteúdo e afronta ao Texto Constitucional.

REFERÊNCIAS

- ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- ANZILOTTI, Dionisio. *Curso de derecho internacional*. Trad. Julio Lopez Olivan. Madrid: Réus, 1935, t. 1.
- ARENDETT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro, [s. ed.] 1979.
- ARIOSI, Mariângela. *Conflitos entre tratados internacionais e leis internas: o judiciário brasileiro e a nova ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 28. ed. São Paulo: Globo, 1990.
- BARROSO, Luís Roberto. *A Interpretação da Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BATTAGLIA, F., *Declaraciones de derechos*, vol. *Estúdios de Teoria del Estado*, trad. Cast. de . E. Díaz y P. de Veja. Bolônia: Publicação do Real Colégio da Espanha, 1966.
- BEVILACQUA, Clóvis. *Direito Público Internacional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939, 2 vol.
- BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos*. Tradução de Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- _____. *Teoria constitucional da democracia participativa*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. *Ciência Política*, 10 ed., São Paulo: Malheiros, 1999.
- BRASIL. Constituição (1891). Constituição Federal brasileira de 1891. Disponível em <<http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/constituicaoofederal.html/legin.html/visualizarNorma.html?ideNorma=532699>>. Acesso em 21 de novembro de 2007.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 2006.

BRASIL. *Regimento Interno da Câmara dos Deputados*. Disponível em < <http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/RegInterno.pdf>>. Acesso em 21 de novembro de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Paridade normativa entre atos internacionais e normas de infraconstitucionais de Direito Interno. ADI n. 1480-3/DF. Plenário. v. m. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 18.5.01.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939-7/DF. DJ. 05.01.1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.480-DF, rel. Min. Celso de Mello, Informativo STF n. 109, DJ 13.5.1998

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. ICM. Importação de bens de capital. Súmula 575 (inaplicação). Art. 23, parágrafo 11, da Constituição Federal. RE n. 109.173. Rel. Min. Carlos Madeira. J. 27.02.1987. Segunda Turma. Diário da Justiça de 27 de março de 1987, p. 406.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Despacho do Ministro Celso de Mello. RE n. 252.748, Rel. Min. Celso de Mello, j. 02.09.1999. Diário da Justiça, Brasília, 30.09.1999, p. 35.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Sepúlveda Pertence. RHC 79.785. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 29.03.2000. *Informativo STF*, Brasília, n. 187, 2000.

BROTÓNS, Antonio Remiro. *Derecho internacional público: Derecho de los Tratados*. Madrid: Tecnos, 1987, v. 2.

BUERGENTHAL, Thomas. *Et al. Manual de derecho internacional público*. México: Fonde de Cultura Econômica, 1994.

_____. *Self-executing and non-self-executing treaties in national and international law.* , La Haye: Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, t. 235, 1992.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos*. Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, v. 46, n. 182, jul./dez. 1993, pp 30-31.

_____. *Direito Internacional e Direito Interno: sua interação na proteção dos Direitos Humanos*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria do Estado, 1997.

_____. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e

nacional. Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, Brasília, n.113-118, pp. 57-94, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

_____. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle de constitucionalidade de leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1992.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional didático*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CHARLESWORTH, Hilary; CHINKIN, Christine, *The gender of jus cogens*, *Human Rights Quarterly*. [s.l], [s. ed.], 1993.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 7. ed. São Paulo: Ática, 2000.

CLÉVE, Clemerson Merlin. *Temas de direito constitucional (e de teoria do direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

COELHO, Edihermes Marques. *Direitos humanos: globalização de mercados e o garantismo como referência jurídica necessária*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

COMPARATO, *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DALLARI, Pedro. *Constituição e Relações Exteriores*. São Paulo: Saraiva, 1994.

DOLINGER, Jacob. As soluções da suprema corte brasileira para os conflitos entre o direito interno e o direito internacional: um exercício de ecletismo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 334, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta, 1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. v. 1 – Arts. 1º a 103, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira, *Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. A questão da obrigatoriedade dos tratados e convenções no Brasil (particular enfoque da Convenção Americana de Direitos Humanos). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 710, p. 21-31, 1994.

HÄBERLE, Peter. *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur lehre vom Gesetzesvorbehalt*, Muller, Karlsruhe, 2ª ed., 1972.

HENKIN, Louis. *International Law: politics, values and principles*. Boston: Martinus Nijhoff, 1990.

HESSE, Konrad *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

JELLINEK, George. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, reimpressão da 2ª ed. de 1919 de Scientia, Aalen, 1974.

KANT, Emmanuel. *Crítica da razão prática*. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1992.

KELSEN, Hans. Les Rapports de Système entre le Droit Interne et le Droit International Public, *in RDC*, vol. IV, t. 14. Paris, 1926.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1996.

KULCSAR, K. *Social factors in the evolution of civic rights*, Col. *Socialist Concept of Human Rights*. Budapest: Akadémiai Kiadó, 1966.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*, São Paulo: Manole, 2005.

LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira, *Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos na Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MARTINS, Estevão de Rezende. A apreciação de Tratados e Acordos Internacionais pelo Congresso Nacional. *In*: TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. São José da Costa Rica: IIDH-ACNUR-CIVC-CUE, 1996.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro, *in Revista de Informação Legislativa*, ano 37, nº 147, Brasília: Senado Federal, jul./set. 2000, pp. 179-200.

_____. *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____. *O Poder Legislativo e os tratados internacionais: o treaty-making power na Constituição Brasileira de 1988*. *Revista de Informação Legislativa*, ano 38, nº 150, Brasília: Senado Federal, abr./jun. 2001, pp. 27-53.

_____. *Tratados internacionais: com comentários à Convenção de Viena de 1969*, 2ª ed., rev., ampl., e atual. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. *Direito Internacional: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

_____. *O novo §3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia*. Revista de Informação Legislativa, ano 42, nº 167, Brasília: Senado Federal, jul./set 2005, pp. 1-24.

MEDEIROS, Ana Letícia Barauna Duarte. *Direito Internacional dos Direitos Humanos na América Latina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O poder legislativo e os tratados internacionais*. Porto Alegre: Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul; L&PM, 1983.

MELLO, Celso de Albuquerque. *Direito Constitucional Internacional*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1994.

_____. *O §2º do art. 5º da Constituição Federal*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MELLO, Ferreira. *Texto de Direito e de História Diplomática de 1815-1949*. Rio de Janeiro: A Coelho Branco, 1950.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, v. 4. Coimbra: Coimbra editora, 1988.

MORAES, Guilherme Braga Pena de. *Dos direitos humanos fundamentais: Contribuição para uma teoria*. São Paulo: LTr, 1997.

PAINE, Thomas, *Los derechos del hombre*, tra. Cast. de J.A.Fernandez de Castro e T. Muñoz Molina. México: FCE, 1944.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1999.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2007.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 1991.

- RIVERO, Jean. *Lês libertés publiques, 1. Les droits de l'homme*. Paris: PUF, 1973.
- RODAS, João Grandino. "A Constituinte e os Tratados Internacionais", in *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 624, ano 76, p. 43-51, 1987.
- ROUSSEAU, Charles. *Derecho internacional público*. Trad. Fernando Gimenez Artigues. 3. ed. Barcelona: Ariel, 1996.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed., rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional nº 39, de 19.12.2002). São Paulo: Malheiros, 2003.
- SIEYÈS, Emanuel. *Que é o Terceiro Estado?* Edição em língua espanhola, Universidade Autônoma de México. Tradução de José Rico Godoy, 1973.
- SPERDUTI, Giuseppe. *Dualism and monism: a confrontation to be overcome*. In: *Estúdios de derecho internacional (Homenaje al Profesor Miaja de La Muela)*. Madrid: Tecnos, 1979, v. 1.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1983.
- TAVOLARO, Agostinho Toffoli. Os tratados sobre tributações e a constituição de 1988. *Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, n.1, pp. 218-227, 1992.
- TOBEÑAS, José Castan. *Los derechos del hombre*. Madri: Reus, 1976.
- TRIEPEL, Karl Heinrich. As relações entre o direito interno e o direito internacional. Trad. Amílcar de Castro. *Revista Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 6, p. 7-64, 1996.
- TRINDADE, José Damião de Lima. Anotações sobre a história social dos Direitos Humanos. In: *Direitos Humanos: Construção da liberdade e da igualdade*. São Paulo: Cento de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998.
- VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974, v. 1.
- VELLOSO, Carlos. A Convenção n. 158-OIT: Constitucionalidade. *Revista LTr*, São Paulo, n. 9, v. 61, p. 1.167, 1997.
- VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional publico*. Trad. Antonio Truyol y Serra. 5.ed. Madrid: Aguillar, 1974.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. "Que Reforma?", in *Estudos Avançados*, vol. 18, nº 51, São Paulo: USP, mai./ago./2004, pp. 204-205.

WALZ, G.A., Les Rapports du Droit International et du Droit Interne, *in RDC*, Paris, 1937, vol. III, t. 61.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

WOLKMER. *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no direito*. 2. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 1997.