

LARISSA DIAS MAGALHÃES SILVA

**A IMPLEMENTAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE
DIREITOS HUMANOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

**BRASÍLIA
2005**

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 A NOÇÃO JURÍDICA DE DIREITOS HUMANOS E O SURGIMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS	7
2 TRATADOS INTERNACIONAIS	24
2.1 conceito	24
2.2 sistemática geral de incorporação dos tratados internacionais no direito brasileiro	27
2.3 monismo <i>versus</i> dualismo	31
2.4 tratados internacionais de proteção aos direitos humanos	36
<i>2.4.1 a incorporação automática dos direitos e garantias fundamentais</i>	46
<i>2.4.2 os impactos jurídicos das normas de direito internacional de proteção aos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro</i>	49
3 A INOVAÇÃO TRAZIDA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL 45/04	55
3.1 inconstitucionalidade do art. 1º da Emenda Constitucional 45, de 30/12/2004	57
CONCLUSÃO	64
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	67

INTRODUÇÃO

A definição do que sejam direitos humanos, aponta uma pluralidade de significados, entretanto a concepção contemporânea, trazida pela Declaração Universal de 1948, fundada na universalidade- indivisibilidade, é a que importa ao nosso estudo.

Universal “porque a condição da pessoa há de se o requisito único para a titularidade de direitos, afastada qualquer outra condição”¹ 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 a igualdade e nem tampouco há verdadeira igualdade sem liberdade”.²

A internacionalização da proteção dos direitos humanos, consubstanciada em inúmeros tratados, foi fruto de lento e gradual processo, sendo o marco mais relevante, as barbaridades ocorridas durante na Segunda Guerra Mundial.

Assim, não importa mais qual o processo de formação dos tratados nos Estados, tornando inócua a discussão sobre o momento em que os tratados adquirem força executória no país ou se aplica a teoria monista ou dualista, importando, no entanto, que se aplique a norma mais favorável à vítima que sofre abuso em seus direitos humanos.

Porém, a aplicação, pura e simples, da norma mais favorável à vítima, nem sempre é possível ou fácil, desta forma, devemos analisar o ordenamento jurídico brasileiro para

¹ PIOVESAN, Flávia. *A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro*. Revista da Procuradoria Geral do estado de São Paulo. São Paulo, n. 51/52: jan./dez, 1999, p. 92.

² *Ibidem*.

então encontrarmos uma forma de conciliar essa aplicação, sem, contudo, torná-la inconstitucional.

Para tanto, analisaremos o surgimento do Direito Internacional de Proteção aos Direitos, a partir da noção jurídica dos direitos humanos, o desenvolvimento do constitucionalismo e todos os principais movimentos que levaram à internacionalização dos direitos humanos, através de tratados.

Seguiremos analisando a formação de um tratado, até conseguirmos diferenciar os tratados internacionais em geral dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, com o foco voltado à aplicação no direito brasileiro, em especial ao art. 5º, §§ 1º e 2º da Constituição Federal, finalizando com uma explanação sobre a inovação trazida pela Emenda Constitucional 45/04.

1 A NOÇÃO JURÍDICA DOS DIREITOS HUMANOS E O SURGIMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS.

A noção de direitos inerentes à pessoa humana desenvolveu-se ao longo da história, em lugares, épocas e culturas distintas, a partir de correntes filosóficas e doutrinas jurídicas, ligadas a movimentos sociais e político, contra o despotismo, a arbitrariedade, a asserção da participação na vida comunitária e o princípio da igualdade³.

Na Antiguidade não existia a idéia de direitos humanos, haja vista que “Platão e Aristóteles consideravam o estatuto da escravidão como algo natural”⁴. Entretanto, na Antiguidade Clássica, “o pensamento sofisticado, a partir da natureza biológica comum dos homens, aproximou-se da tese da igualdade natural e da idéia de humanidade”⁵ e no pensamento estóico, “assume o princípio da igualdade um lugar proeminente: a igualdade radica no facto de todos os homens se encontrarem sob o *nomos* unitário que se converte em cidadãos do grande Estado universal”⁶.

Foram, contudo, as concepções cristãs medievais, em especial o direito natural de Sto. Tomás de Aquino, que, “ao distinguir a *lex divina, lex natura e lex positiva*, abriram caminho para a necessidade de submeter o direito positivo às normas jurídicas naturais, fundadas na própria natureza dos homens.”⁷ Assim, deve-se citar a especial influência das “correntes de

³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos, vol. 1*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p.18.

⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 1997, p, 378-379

⁵ *Ibidem*, p.379.

⁶ *Ibidem*, p.379.

⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Op. cit., p.380.

pensamento, das declarações de direitos ligadas ao jusnaturalismo”⁸, que consagram a premissa de que os direitos humanos ligados a cada ser humano são inalienáveis, antecedem os direitos do Estado, reconhecendo os direitos pessoais, as liberdades fundamentais numa época de cultivo da consciência individual.

Daí advém a dúvida quanto ao fundamento e a natureza dos direitos humanos, não se determinando, ao certo, se são direitos naturais e inatos, direitos positivos, direitos históricos ou direitos que derivam de certo sistema moral. Flávia Piovesan os classifica como direitos históricos, ao passo que são “um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução”⁹. Para Hubner Galo, jurista chileno, os direitos humanos classificam-se como: “inatos, universais, necessários, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis”.¹⁰

Não obstante tais classificações, Morris Abraham, integrante da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, define direitos humanos como “aqueles direitos fundamentais, os quais todo homem deve ter acesso, em virtude puramente de sua qualidade de ser humano e que, portanto, toda sociedade que pretenda ser uma sociedade autenticamente humana deve assegurar aos seus membros”¹¹. De fato, nesta definição e nas demais que se apresentam em inúmeras obras, há alguns elementos comuns: “condição de pessoa do ser

⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, vol. 1. Op. cit., p.18.

⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p.122.

¹⁰ *Apud* OLIVEIRA, Almir de. *Curso de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 55.

¹¹ *Ibidem*, p. 56.

humano, racionalidade do homem, dignidade essencial do homem, natureza humano como fundamento e inerência dos direitos humanos ao homem”¹².

Classificam-se estes direitos, ainda, em gerações¹³. Segundo Alexandre de Moraes, direitos fundamentais de primeira geração (direitos civis e políticos) são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), surgidos institucionalmente na Magna Carta; direitos de segunda geração são os direitos sociais, econômicos e culturais, que surgiram no início do século XX; e direitos de terceira geração são os direitos de solidariedade ou fraternidade¹⁴. Complementa, Ferreira Filho, ao declarar os direitos que envolvem o direito de solidariedade: “direito à paz, ao desenvolvimento, ao respeito ao patrimônio comum da humanidade, ao meio ambiente.”¹⁵

Paulo Bonavides fala, ainda, numa quarta geração de direitos, que compreenderia os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo.¹⁶

Outra definição, muito usual, é a que classifica ou identifica os direitos humanos como fundamentais. Ingo Sarlet entende que os direitos fundamentais são sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular será sempre o ser humano, ainda que representado por entes coletivos, embora os termos direitos humanos e direitos fundamentais sejam comumente utilizados como expressões sinônimas, os direitos fundamentais são aqueles

¹² OLIVEIRA, Almir de. Op. cit., p. 57.

¹³ “Modernamente, a doutrina apresenta-nos a classificação de direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações, baseando-se na ordem histórica cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos.” (MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 26)

¹⁴ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p.26.

¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 286.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 571.

positivados nas Constituições dos estados, enquanto direitos humanos são aqueles reconhecidos internacionalmente, em documentos internacionais¹⁷.

José Afonso da Silva, por sua vez, conclui que a expressão mais adequada é “direitos fundamentais do homem”:

“porque além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual a todas as pessoas”¹⁸.

Nesse sentido, Canotilho afirma que “direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (...); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente”¹⁹, ou seja, “ao direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”²⁰

Entretanto, Bobbio, afirma que o maior problema dos direitos humanos “não é fundamentá-los e sim o de protegê-los”²¹. Assim, importa esclarecer quando os direitos humanos passaram a ser tutelados.

O constitucionalista português, J.J. Gomes Canotilho, ensina que “o constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 32-33.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 174.

¹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Op. cit., p. 391.

²⁰ *Ibidem*, p. 391.

²¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Carlos Nelson Coutinho (trad.). Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.25.

uma comunidade”²² e continua explicando que “a constitucionalização tem como conseqüência mais notória a proteção dos direitos fundamentais mediante o controlo jurisdicional da constitucionalidade dos actos normativos reguladores destes direitos”²³.

Explica, Alexandre de Moraes, que “a noção de direitos fundamentais é mais antiga que o surgimento do constitucionalismo, que tão-somente consagrou a necessidade de insculpir um rol mínimo de direitos humanos em um documento escrito.”²⁴

Ainda, para Alexandre de Moraes, a “constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não significou mera enunciação formal de princípios, mas a plena positivação de direitos”²⁵ e:

“A origem formal do constitucionalismo está ligada às constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, em 1787, após a independência das 13 colônias, e da França, em 1791, a partir da Revolução francesa, apresentando dois traços marcantes: a organização do estado e a limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais”²⁶

A primeira declaração de direitos fundamentais, em sentido moderno, foi a Declaração de Virgínia, de 12/01/1776, que “proclamava o direito à vida, à liberdade e à propriedade”²⁷, seguida pela Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 04/07/1776,

²² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Op. cit., p. 51

²³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Op. cit., p. 51.

²⁴ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p 19.

²⁵ *Ibidem*, p. 21.

²⁶ *Ibidem*, p. 19.

²⁷ LONGO, Ana Carolina Figueiró; Antônio de Arruda Brayner; Arthur Cesar de Moura Pereira. *Antecedentes históricos e jurídicos dos direitos humanos*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/oficinas/dhparaiba/1/antecedentes.html#5>>. Acesso em: 12/05/2005.

“teve como tônica preponderante à limitação do poder estatal e a valorização da liberdade individual”.²⁸

Na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, se diferenciou das declarações proclamadas na América do Norte por “sua vocação universalizante”²⁹:

“possui texto preciso e sintético, proclamando, através dos seus dezessete artigos, os fundamentos da liberdade, da igualdade, da propriedade, da legalidade e as garantias individuais liberais que ainda se fazem presentes nas declarações contemporâneas, fora às liberdades de reunião e de associação, as quais ela não tomara conhecimento, devido a sua rígida concepção individualista.”³⁰

Ensina, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que “as declarações de direito são um dos traços mais característicos do Constitucionalismo, bem como um dos documentos mais significativos para a compreensão dos movimentos que o geraram”.³¹

Agora, pode-se considerar como primeiros marcos do processo de internacionalização dos direitos humanos, conforme Flavia Piovesan, o surgimento do Direito Humanitário, a criação da Liga das Nações e da Organização Internacional do Trabalho (OIT)³². Para esse processo de internacionalização dos direitos humanos, foi preciso redefinir o alcance do conceito tradicional de soberania estatal, para que se permitisse o surgimento dos direitos

²⁸ LONGO, Ana Carolina Figueiró; Antônio de Arruda Brayner; Arthur Cesar de Moura Pereira. Op. cit.

²⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. Op. cit., p. 160.

³⁰ LONGO, Ana Carolina Figueiró; Antônio de Arruda Brayner; Arthur Cesar de Moura Pereira. Op. cit.

³¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. Op. cit., p. 280.

³² Nesse sentido, Fábio Konder Comparato cita que a primeira fase da internacionalização dos direitos humanos iniciou-se na segunda metade do séc. XIX e findou-se com a Segunda Guerra, manifestando-se em três setores: o direito humanitário, a luta contra a escravidão e a regulamentação dos direitos do trabalho assalariado. (COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p.33)

humanos com legitimidade internacional, bem como redefinir o papel do ser humano no cenário internacional, colocando este como sujeito de direito internacional³³.

Em ordem cronológica, o primeiro marco foi o desenvolvimento do Direito Humanitário, que seria o direito que se aplica na hipótese de guerra, limitando a atuação dos Estados, assegurando a observância dos direitos fundamentais, protegendo, em caso de guerra, os militares fora de combate e populações civis³⁴. Na visão de Flávia Piovesan, o Direito Humanitário foi a primeira demonstração, no plano internacional, de que há limites à autonomia dos Estados, mesmo em guerra.

O Comitê Internacional da Cruz Vermelha conceitua o direito humanitário como:

“um conjunto de regras internacionais de origem costumeira ou convencional que são destinadas especialmente a regulamentar os problemas humanitários que decorrem diretamente de conflitos armados internacionais ou não-internacionais e que restringem, por razões humanitárias, os direitos das partes no conflito de utilizarem os métodos e meios de guerra de sua escolha ou protegem as pessoas e os bens atingidos, ou podendo ser atingidos, pelo conflito”.

Celso Albuquerque Mello cita, ainda, que o direito humanitário pode ser dividido em Direito de Haia e Direito de Genebra, “sendo que o primeiro regulamenta a conduta das hostilidades, bem como limita os métodos utilizados nas guerras” e o segundo “se preocupa com os militares fora de combate e com as pessoas que não participam das hostilidades”.³⁵ As quatro Convenções de Genebra de 1949 e seus dois Protocolos Adicionais de 1977 são os

³³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. Op. cit., p. 125.

³⁴ *Ibidem*, p. 123.

³⁵ MELLO, Celso de Albuquerque. *A implementação do direito internacional humanitário pelo direito brasileiro*. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (Editor). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. San Jose da Costa Rica/Brasília: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996, p. 147-148.

principais instrumentos do direito humanitário, apesar de ter sido criado, já em 1863, o Comitê Internacional de Socorro aos Militares Feridos em Tempo de Guerra e a primeira Convenção de Genebra ter sido ratificada entre 1864 e 1907.³⁶

O segundo marco, a criação da Liga das Nações, reforçou a concepção do Direito Humanitário, “apontando à necessidade de relativização da soberania dos Estados”³⁷. Criada após a Primeira Guerra, tinha a finalidade de promover a “cooperação, paz e segurança internacional, condenando as agressões externas contra a integridade territorial e a independência política dos seus membros”³⁸. A Convenção da Liga das Nações, ainda na visão de Flávia Piovesan, continha previsões gerais, destacando-se as “voltadas ao sistema das minorias e aos parâmetros internacionais do direito do trabalho”³⁹ estabelecendo sanções econômicas e militares impostas contra os Estados que violassem suas obrigações.

O terceiro marco do processo de internacionalização dos direitos humanos foi a criação da OIT, também, após a 1ª Guerra, com a finalidade de promover padrões internacionais de condições de trabalho e bem estar. Dessa forma, a OIT pode ser entendida como uma organização permanente de caráter internacional especializada, vinculada à ONU (art. 57, da Carta das Nações Unidas), possuindo três motivos inspiradores, conforme Durand e Jaussaud⁴⁰: a) um sentimento de justiça social; b) o perigo da injustiça social; c) a similaridade das condições de trabalho na ordem internacional.

³⁶ ALBUQUERQUE, Catarina; Isabel Marto Martins. *Direito internacional humanitário*. Disponível em: <www.dhnet.org.br/direitos/sip/dih/dih1.htm>. Acesso em: 12/05/2005.

³⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. Op. cit., p. 124.

³⁸ *Ibidem*, p. 124.

³⁹ *Ibidem*, p. 126

⁴⁰ *Apud* SUSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de direito do trabalho*. 20. ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 1475.

O advento desses precedentes registra o fim de uma época onde o Direito Internacional era exclusivo das relações governamentais entre Estados, passando a uma época onde o alcance de obrigações internacionais volta-se à salvaguarda dos direitos humanos e não mais de prerrogativas estatais. Rompe-se “com a noção de soberania nacional absoluta, na medida que admitem-se intervenções no plano nacional, em prol dos direitos humanos”⁴¹.

O indivíduo passou a ser encarado não só como objeto, mas também como sujeito do direito internacional, começando a consolidar a capacidade processual internacional do indivíduo, acabando com a concepção de que o ser humano está limitado à jurisdição doméstica do Estado. É nesse cenário que os delineamentos do Direito Internacional dos Direitos Humanos começam a se revelar, afastando a idéia de soberania absoluta dos Estados e “erigindo os indivíduos à posição, de muito merecida, de sujeitos de direito internacional”.⁴²

A real consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, contudo, aparece no séc XX, em consequência da 2ª Guerra Mundial, sendo considerado um fenômeno pós-guerra, em resposta às atrocidades cometidas durante o nazismo. Essa consolidação aconteceu no momento em que o ser humano se tornou descartável, supérfluo, tornando-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como “paradigma ético capaz de restaurar a lógica razoável”,⁴³ aproximando o direito da moral. Para Hannah Arendt, o maior direito era “o

⁴¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. Op. cit., p. 125 e 126.

⁴² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos, constituição e tratados internacionais – Estudo analítico da situação e aplicação do Tratado na ordem jurídica brasileira*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 215.

⁴³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. Op. cit., p.129.

direito a ter direitos, ou seja, o direito a ser sujeito de direitos”.⁴⁴ Assim, se a Segunda Guerra significou a ruptura dos direitos humanos, o pós-guerra significou a sua reconstrução.

O Tribunal de Nuremberg (1945), foi um acordo assinado entre britânicos, franceses, americanos e soviéticos, em Londres, para criar oficialmente o Tribunal Militar Internacional. A Carta de Londres definiu as regras dos processos de julgamento e definiu os crimes a serem tratados.⁴⁵

Para Flávia P., o Tribunal de Nuremberg significou um impulso ao movimento de internacionalização dos direitos humanos, pois detinha a competência de julgar crimes cometidos no nazismo, aplicando fundamentalmente o costume internacional para a condenação criminal dos indivíduos envolvidos em crime contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade. Este Tribunal teve um significado duplo: consolidou a idéia da necessária limitação da soberania nacional e reconheceu que os indivíduos têm que ser protegidos pelo Direito Internacional⁴⁶, testemunhando uma mudança significativa nas relações interestatais, sinalizando transformações na compreensão dos direitos humanos que não mais poderiam ser exclusivos da jurisdição doméstica.

Após a 2ª guerra a expansão das organizações internacionais com o propósito de cooperação internacional foi o fator que mais fortaleceu o processo de internacionalização das normas de direitos humanos.

⁴⁴ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia das Letras, 1998.

⁴⁵ COSTA JÚNIOR, Dijosete Verissimo da. *Tribunal de Nuremberg*. Disponível em: <www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/nuremberg1.htm>. Acesso em: 01/04/2005.

⁴⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. Op. cit., p.135.

A Carta das Nações Unidas (1945) consolida, definitivamente, o movimento de internacionalização dos direitos humanos. Este documento reconhece, conforme ensina José Augusto Lindgren Alves, “a legitimidade da preocupação internacional com a promoção e a proteção dos direitos humanos(...) a matéria extrapola o domínio reservado dos Estados, as atenções internacionais não configuram ingerência e o conceito hobbesiano de soberania é inválido”.⁴⁷

Porém, apesar da referida Carta ser enfática quanto à importância de se defender, promover e respeitar os direitos humanos, ela deixa em aberto o significado da expressão “direitos humanos e liberdades fundamentais”.

Tal expressão foi definida na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que deu a verdadeira noção jurídica de direitos humanos, ao fixar um código comum e universal dos direitos humanos, concretizando a obrigação legal de promover estes direitos. A Declaração “objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais”⁴⁸. Para a Declaração, explica Piovesan, ser pessoa é o requisito único e necessário para ser titular de direitos. A dignidade inerente a toda pessoa é fundamento que veio a ser incorporado em todos os tratados e declarações de direitos humanos, que passam a integrar o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A Declaração dos Direitos Humanos introduziu, além da universalidade dos direitos humanos, a indivisibilidade destes direitos ao unir a categoria dos direitos civis e

⁴⁷ ALVES, José Augusto Lindgren. *O sistema de proteção das nações unidas aos direitos humanos e as dificuldades brasileiras*. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (Editor). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. San Jose da Costa Rica/Brasília: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996, p. 239.

⁴⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. Op. cit., p.143.

políticos à dos direitos econômicos, sociais e culturais, combinando o “discurso liberal e o discurso social da cidadania, conjurando o valor da liberdade ao valor da igualdade”,⁴⁹ iniciando a concepção contemporânea de direitos humanos, onde os direitos humanos passam a ser encarados como uma unidade interdependente e indivisível.

De forma sintética, Antônio Celso Alves Pereira, afirma que “a criação da ONU, em 1945, e a promulgação da ‘Declaração Universal’, em 1948, trouxeram, de forma definitiva, o problema dos direitos humanos às grandes discussões internacionais, com profundos reflexos na ordem interna das sociedades nacionais”.⁵⁰

Construiu-se, nas palavras de Lindgen Alves, uma “arquitetura protetora de direitos humanos que se afirma *erga omnes*, inspirada na noção de direito cosmopolita formulada por Emanuel Kant, na medida em que toca toda a comunidade”.⁵¹

Cançado Trindade, afirma que o reconhecimento dos direitos humanos está presente em todas as áreas da atividade humana e corresponde a um novo “*ethos*” de nossos tempos, que questiona e desafia dogmas do passado ligados ao positivismo jurídico, dentre eles a persistente polêmica entre monistas e dualistas⁵². Para o autor, contra essa visão estática, insurge o Direito Internacional dos Direitos Humanos, sustentando que o “ser humano é tanto sujeito de

⁴⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. Op. cit., p.143.

⁵⁰ PEREIRA, Antônio Celso Alves. *O acesso à justiça e a adequação da legislação brasileira aos instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos*. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (Editor). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. Op. cit., p. 194.

⁵¹ ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*, Cood. Hélio Bicudo. São Paulo: FTD, 1997, p. 15-16.

⁵² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos, vol. 1*. Op. cit., p. 22.

direito internacional quanto de direito interno, ambos dotados de personalidade e capacidade jurídicas próprias”⁵³ interagindo de modo a assegurar a proteção mais eficaz ao ser humano.

Destarte, não há que se falar em primazia da norma de direito internacional ou interno, deve-se primar pela norma que melhor proteja os direitos humanos, independente da origem. Certo é que o direito internacional dos direitos humanos consagra a primazia da norma mais favorável à vítima e a “conformação deste novo e vasto *corpo jûris* vem atender uma das grandes preocupações do nosso tempo: assegurar a proteção do ser humano, nos planos nacional e internacional, em toda e qualquer circunstância”.⁵⁴

Esse critério da norma mais favorável à vítima contribuiu para reduzir ou minimizar as pretensas possibilidades de conflitos entre instrumentos legais em seus aspectos normativos, para obter maior concentração entre tais instrumentos e para demonstrar a tendência e o propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos garantindo os mesmos direitos.⁵⁵

Cançado Trindade enumera, ainda, outro dogma que vem sendo afastado. É o que diz respeito às gerações de direitos, que, nas palavras do autor é uma “noção simplista, histórica e juridicamente infundada, eis que os direitos humanos não se ‘sucedem’ ou ‘substituem’, uns aos outros, mas antes se expandem, se acumulam e fortalecem, interagindo os direito individuais e sociais”⁵⁶. No mesmo sentido, Valério de Oliveira Mazzuoli, afirma que o processo de desenvolvimento dos direitos humanos “opera-se em constante cumulação,

⁵³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos, vol. 1*. Op. cit., p. 22.

⁵⁴ *Idem*. *A proteção internacional dos direitos humanos – Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 21.

⁵⁵ *Idem*. *A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos*. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (Editor). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. Op. cit., p. 233-234.

⁵⁶ *Idem*. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos, vol. 1*. Op. cit., p.25.

sucedendo-se no tempo vários direitos que mutuamente se substituem, consoante a concepção contemporânea desses direitos fundada sua universalidade, indivisibilidade e interdependência.”⁵⁷ Assim, o que ocorre é a “expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos, a revelar a natureza complementar de todos os direitos.”⁵⁸

Leciona Carlos Weis que, a insistência na idéia gestacional de direitos “além de consolidar a imprecisão da expressão face da noção contemporânea de direitos humanos, pode se prestar a justificar políticas públicas que não reconhecem indivisibilidade da dignidade humana”.⁵⁹

Nesse sentido, Celso de Albuquerque Mello⁶⁰ afirma que situação dos direitos humanos ainda é precária, pois os Estados e seus constitucionalistas continuam a dividir os direitos humanos em civis/políticos e econômicos/sociais/culturais, apesar do posicionamento da ONU quanto à indivisibilidade desses direitos.

De fato, os direitos pessoais alcançados pela Declaração de 1948 estenderam-se a muitas constituições nacionais. Assim, para Cançado Trindade, países de tradição, cultura e orientação política diversas passaram a aderir livremente aos tratados internacionais de direitos humanos de aplicação universal.

Portanto, desde a Declaração Universal, inúmeros instrumentos internacionais surgiram e abordaram temas diferenciados dentro dos chamados direitos inalienáveis da pessoa

⁵⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Op. cit., p. 211.

⁵⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. Op. cit., p.23.

⁵⁹ WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 43-44.

⁶⁰ MELLO, Celso de Albuquerque. *O §2º do art. 5º da Constituição Federal*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 4.

humana, “cada um resultante de um movimento e de uma sociedade política e histórica, todos, contudo, convergentes e, ao cabo, marcados pela indivisibilidade”.⁶¹

Decorridos, então, duas décadas da proclamação da Declaração Universal de 1948, 84 países, além de diversas organizações internacionais e ONG’s, reuniram-se para a “primeira avaliação global da experiência acumulada na proteção dos direitos humanos, a Conferência Mundial dos Direitos Humanos, realizada em Teerã, de 22 de abril à 13 de maio de 1968”.⁶²

Hoje se reconhece que a maior contribuição da “Conferência de Teerã tenha consistido no tratamento e reavaliação globais da matéria, o que propiciou o reconhecimento e asserção, endossados por resoluções subseqüentes da Assembléia Geral das Nações Unidas, da inter-relação ou indivisibilidade de todos os direitos humanos.”⁶³

O direito internacional dos direitos humanos caracteriza-se por não operar as relações entre iguais, mas operar em favor dos mais fracos, mais necessitados de proteção, sempre nas relações entre desiguais. Nas sábias palavras de Cançado Trindade:

“Não busca obter um equilíbrio abstrato entre as partes, mas remediar os efeitos do desequilíbrio e das disparidades na medida em que afetam os direitos humanos. Não se nutre das barganhas de reciprocidade, mas se inspira nas considerações de *ordre public* em defesa de interesses comuns superiores, da realização da justiça”⁶⁴.

Salienta, o autor, que os avanços na proteção internacional dos direitos humanos são de responsabilidade, em grande parte, da mobilização social contra a dominação,

⁶¹ PEREIRA, Antônio Celso Alves. Op. cit., p. 194.

⁶² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos, vol. 1*. Op. cit., p.54.

⁶³ *Ibidem*, p.55.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 26.

exclusão e repressão, porém, conta-se, também, com os Estados, que são os detentores da responsabilidade de observar e salvaguardar os direitos humanos.

Essa última afirmação vem confirmar que os direitos humanos são inerentes a pessoa e assim, antecedem as formas de organização política e não podem se esgotar na ação do Estado. Essa é uma interpretação orientada à condição das vítimas, que “reclama a humanização dos postulados tanto do direito internacional como do direito público interno”⁶⁵. Nesse tipo de interpretação, o individual recua frente o exercício da garantia coletiva, revestindo os termos e conceitos dos tratados de direitos humanos de caráter autônomo, prevalecendo a natureza objetiva das obrigações consagradas.

A verdadeira revolução deste milênio, nas palavras de Celso de Albuquerque Mello, “tem que ter como motivação os direitos humanos (...) Em um mundo cruel em que o capitalismo é o sistema dominante, só os direitos humanos podem defender a pessoa”.⁶⁶

Cumprе enfatizar, relativamente à participação do Brasil na implementação dos direitos humanos, nas palavras de Ricardo da Costa Pinto, que:

“Desde quando os direitos humanos passaram a ser objeto das preocupações da sociedade internacional, no sentido de se consubstanciarem em instrumentos internacionais ensejadores, assim, mais efetivamente de uma mais proteção, o Brasil teve um participação nítida, contribuindo para a consolidação desses direitos”.⁶⁷

⁶⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos, vol. 1*. Op. cit., p.26.

⁶⁶ MELLO, Celso de Albuquerque. *O §2º do art. 5º da Constituição Federal*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit, p. 4.

⁶⁷ PINTO, Ricardo da Costa. *Breves notas sobre a proteção dos direitos humanos e o Brasil*. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (Editor). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. Op. cit., p. 498.

Entretanto, é preciso ir além da preocupação com os direitos humanos, tornando-os eficazes, e para tanto é preciso “que os cidadãos percebam sua importância e façam valer a sua cidadania, pois assim será possível uma democracia mais efetiva”⁶⁸.

O problema central da proteção dos direitos humanos, no Brasil, não gira apenas em torno da discussão acerca da interação entre direito internacional dos direitos humanos e direito interno, mas “principalmente, na falta de vontade política, na incompetência burocrática, no rancor ideológico das elites e no fracasso do estado imponente, desorganizado e ausente no cumprimento de seus deveres constitucionais mais elementares”.⁶⁹

Isto posto, uma possível solução seria uma verdadeira reforma jurídico-processual, e não apenas a “Reforma do Judiciário”, de modo a responsabilizar o Brasil pelo não cumprimento de suas obrigações no âmbito internacional, em especial no tocante aos direitos humanos, evitando, assim, a aparição do Brasil apenas como um número, mas como um Estado imponente, cumpridor das obrigações que assina perante a sociedade internacional.

⁶⁸ PINTO, Ricardo da Costa. Op. cit., p. 504.

⁶⁹ PEREIRA, Antônio Celso Alves. Op. cit., p. 198

2 TRATADOS INTERNACIONAIS

2.1 conceito

Conforme o art. 2º da Convenção de Viena⁷⁰ de 1969, tratado “significa acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação particular” .

No mesmo sentido é o conceito formulado por José Francisco Rezek, onde tratado é “acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público e destinados a produzir efeito”⁷¹ e “pelo efeito compromisso e cogente que visa a produzir, o tratado dá cobertura legal à sua própria subsistência”.⁷²

Vale salientar, no entanto, que tratado é uma expressão genérica, pois inúmeras são as denominações utilizadas conforme sua forma, conteúdo, objeto ou finalidade, dentre elas: convenção, protocolo, convênio, declaração, *modus vivendi*, ajuste, compromisso, etc⁷³.

Tradicionalmente, apenas Estados soberanos tinham direito de assinar tratados. Atualmente, consolidando o que preceitua a Convenção de Viena, tratados são assinados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, além dos tradicionalmente assinados, mas em todos os casos efetua-se pelo consentimento mútuo das

⁷⁰ Convenção sobre o Direito dos Tratados

⁷¹ REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 14.

⁷² *Ibidem*, p. 14.

⁷³ ACCIOLLY, Hildebrando; G. E. do Nascimento Silva. *Manual de direito internacional público*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 21.

partes que participem de sua elaboração, porém esse consentimento “só deve visar a uma coisa materialmente possível e permitida pelo direito e pela moral”⁷⁴.

Quanto ao processo de formação dos tratados internacionais, o art. 11 da Convenção sobre o Direito dos Tratados, estipula que “o consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado pode manifestar-se pela assinatura, troca dos instrumentos constitutivos do tratado, ratificação, aceitação aprovação ou adesão, ou por quaisquer outros meios, se assim for acordado.”

De fato, por tratar-se de ato solene, deve-se observar uma série de formalidades distintas e sucessivas. Segundo Valério de Oliveira Mazzuoli, são quatro as fases pelas quais passam um tratado até a sua conclusão: a) negociações preliminares; b) assinatura ou adoção pelo executivo; c) aprovação parlamentar por parte de cada Estado interessado em se tornar parte no tratado, com exceção dos países onde há incorporação automática dos tratados assinados, como Bélgica e França; e d) ratificação ou adesão do texto convencional, concluída com a troca dos instrumentos que a consubstanciam⁷⁵.

No Brasil, após a ratificação, há, ainda, duas fases complementares: a promulgação por Decreto Legislativo e a publicação no Diário Oficial da União. Para Mirtô Fraga, a promulgação “não tem efeito de transformar o tratado em direito interno, mas apenas de conferir-lhe força executória”.⁷⁶

⁷⁴ ACCIOLLY, Hildebrando; G. E. do Nascimento Silva. *Manual de direito internacional público*. Op. cit., p. 24.

⁷⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos, constituição e tratados internacionais – Estudo analítico da situação e aplicação do Tratado na ordem jurídica brasileira*. Op. cit., p. 42.

⁷⁶ FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico as situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 127.

Flávia Piovesan, a seu turno, afirma que “a sistemática concernente ao exercício do poder de celebrar tratados”⁷⁷ fica a critério do Estado e que a assinatura do tratado traduz aceite provisório, não produzindo efeitos jurídicos. O próximo passo, ainda na visão da autora, é remeter o tratado assinado ao Legislativo para aprovação e após devolve-se ao Executivo para que o tratado seja ratificado para, então, produzir efeitos no plano internacional.

A Convenção de Viena dispõe, também, sobre o cumprimento dos tratados e a regra do *pacta sunt servanda*, em seu art. 26, ao afirmar que “todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé” e no seu art. 27 dispõe que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. Ressalte-se que o Brasil é signatário da Convenção de Viena, porém espera o pronunciamento do Legislativo desde 1993.

Nesse sentido, Cançado Trindade discorre que “os Estados contraem obrigações internacionais no livre e pleno exercício de sua soberania, e uma vez que o tenham feito não podem invocar dificuldades de ordem interna ou constitucional de modo a tentar justificar o não cumprimento dessas obrigações”⁷⁸. Cita ainda, que Corte Permanente de Justiça Internacional, no caso Wimbledon (julgado em 17 de agosto de 1923), esclareceu “que na conclusão de um tratado, qualquer que seja ele, jamais implica em abandono da soberania do estado: a faculdade de contrair compromissos internacionais, e seu fiel cumprimento, constituem precisamente atributos da soberania do Estado”⁷⁹.

⁷⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. Op. cit., p. 70.

⁷⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos – Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. Op. cit., p. 47.

⁷⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Princípios do direito internacional contemporâneo*. Brasília: Universidade de Brasília, 1981, p.11.

Também, a jurisprudência internacional “aponta no sentido de que os dispositivos de direito interno ou constitucionais não podem ser invocados para evadir obrigações internacionais prevalecendo sobre dispositivos de tratados em vigor”⁸⁰.

Assim, “a violação de um tratado implica em violação das obrigações assumidas no âmbito internacional. O descumprimento dos deveres implica, portanto, em responsabilização internacional do Estado violador”.⁸¹

2.2 sistemática geral de incorporação dos tratados no direito brasileiro

No Brasil, o art. 84, VIII da Constituição estabelece que é da competência privativa do Presidente da República “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional” e o art. 49, I determina que é da competência exclusiva do Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre tratados, convenções e atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” (texto incluído pela EC 19/98). Destarte, a aprovação de tratados é um ato complexo que depende do Presidente, que os celebra, e do Congresso Nacional, que os aprova mediante Decreto Legislativo⁸².

O texto foi definido pela Constituinte após inúmeras discussões e sugestões dos participantes. Alguns juristas, partidos políticos e até mesmo o Itamaraty divulgaram sugestões, mesmo que informalmente, que contribuíram para os debates da Constituinte⁸³.

⁸⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Princípios do direito internacional contemporâneo*. Op. cit., p.11.

⁸¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. Op. cit., p. 74.

⁸² *Ibidem*, p. 72.

⁸³ MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O poder de celebrar tratados*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1995, p. 351e 353.

Celso de Albuquerque Mello⁸⁴ recomendou a inclusão do prazo de 30 ou 60 dias para o envio ao Congresso Nacional dos tratados, convenções, etc, e afirmou que a expressão “resolver definitivamente” sobre tratados é imprópria, pois em caso “de aprovação, é o Poder Executivo que resolve de modo definitivo, ao ratificar ou não o tratado”.

Cançado Trindade, então consultor jurídico da Casa de Rio-Branco, “preparou subsídios, que foram enviados a alguns constituintes, almejando a que os dispositivos pertinentes do novo texto constitucional se mostrassem sensíveis às necessidades e justas expectativas do Itamaraty”⁸⁵, e sugeriu, na informação CJ/27. de 27 de junho de 1986, que:

“As normas constitucionais poderiam seguir dois caminhos: por um primeiro método, reconhecer-se-ia o princípio geral do controle do legislativo na formação dos acordos internacionais, excetuando ajustes de natureza administrativa ou de rotina; por um segundo método, relacionar-se-iam os acordos para os quais se impões a aprovação do legislativo, ficando para os demais dispensados o assentimento do legislativo.”⁸⁶

Todas as recomendações, entretanto não foram atendidas, e a “decepção dos juristas, principalmente com o art. 49, I, logo se tornou conhecida”⁸⁷, exemplos: “Manoel Gonçalves Ferreira filho constatou redação inadequada; José Sette Câmara, texto confuso; Oscar Dias Corrêa, letra defeituosa”⁸⁸.

⁸⁴ MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. Op. cit., p. 351.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 353.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 354.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 382.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 382.

Flavia Piovesan, critica, ainda, que a Constituição deixou uma lacuna ao não prever prazos para o Presidente encaminhar ao Congresso o tratado assinado, para o Congresso deliberar sobre a aprovação e para o Presidente ratificar o tratado aprovado⁸⁹.

No Brasil, os tratados passam por seis fases de elaboração: negociação, assinatura, ratificação, promulgação, publicação e registro⁹⁰. Assim, por competir privativamente ao Presidente da República o poder de celebrar tratados, este os negocia e assina, remetendo-os, para serem apreciados pelo Congresso Nacional. Porém, na fase de negociação, dá-se competência limitada a outros elementos do Executivo⁹¹

A apreciação da matéria pelo Congresso Nacional, começa na Câmara dos Deputados, onde, após passar pela Comissão de Relações Exteriores, Comissão de Constituição e Justiça e de Redação e outras comissões que se fizerem necessárias, a matéria vai à Plenário, em discussão única, devendo ser aprovada pela maioria dos votos, presente a maioria absoluta dos deputados. Aprovado, o projeto de decreto legislativo é enviado ao Senado Federal, para aprovação ou rejeição do tratado internacional. No Senado a matéria é distribuída à Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional, que comunicará a decisão ao Presidente do Senado. No Plenário a aprovação se dá por maioria de votos, presente a maioria absoluta dos senadores. Sempre que a deliberação do Senado não corresponder à deliberação da Câmara, o projeto volta para esta, que delibera em caráter terminativo. O Decreto Legislativo é promulgado pelo

⁸⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. Op. cit., p.74.

⁹⁰ MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. Op cit., p. 458.

⁹¹ MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Op. cit., p. 217.

presidente do Senado e publicado no Diário Oficial da União⁹². Ressalte-se que estas, publicação e promulgação, não são, ainda, as constantes das fases de elaboração dos tratados.

Após aprovação, por meio de decreto legislativo, “os atos internacionais voltam ao Executivo, para ratificação – momento em que ocorre a troca de notas diplomáticas ou o depósito do instrumento de ratificação no local designado, nos casos de tratados multilaterais.”⁹³

Para o ato se aperfeiçoar e ter vigência no território nacional, deve o Presidente da República expedir “um decreto de promulgação, que é publicado, e a partir do qual, e de quando inicia-se a sua vigência no território nacional.”⁹⁴

Prevalece, no entanto, o entendimento do STF no qual a promulgação é “obrigatória para a entrada em vigor dos tratados”⁹⁵, conforme extrai-se do julgado a seguir:

“E M E N T A:

MERCOSUL - CARTA ROGATÓRIA PASSIVA (...)PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DE CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM GERAL E DE TRATADOS DE INTEGRAÇÃO (MERCOSUL). - A recepção dos tratados internacionais em geral e dos acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL depende, para efeito de sua ulterior execução no plano interno, de uma sucessão causal e ordenada de atos revestidos de caráter político-jurídico, assim definidos: (a) aprovação, pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, de tais convenções; (b) ratificação desses atos internacionais, pelo Chefe de Estado, mediante depósito do respectivo instrumento; (c) **promulgação de tais acordos ou tratados, pelo Presidente da República, mediante decreto, em ordem a viabilizar a produção dos seguintes efeitos básicos, essenciais à sua vigência doméstica:** (1) publicação oficial do texto do tratado e (2) executoriedade do ato de direito

⁹² MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. Op cit., p. 462-466.

⁹³ ARAÚJO, Nadia de; Inês da Matta Andreiuolo. *A internalização dos tratados no Brasil e os direitos humanos*. IN BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu & ARAÚJO, Nadia de (Org.). Os direitos humanos e o direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 75-76.

⁹⁴ *Ibidem*, p.76.

⁹⁵ SILVA, Dicken William Lemes. *Primazia dos direitos humanos e hermenêutica constitucional na incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos*. Revista da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, ano 9, vol. 18, jul./dez. 2001, p. 93

internacional público, que passa, então - e somente então - a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno.”⁹⁶ (grifo nosso)

Vale ressaltar que não há, na Constituição, qualquer norma expressa neste sentido, havendo, sim, na tradição do direito brasileiro, a promulgação por decreto de atos internacionais.⁹⁷

Outro problema, quanto à internalização das normas, diz respeito à separação ou não do ordenamento jurídico em interno e internacional e a qualificação do tratado na norma interna, que passa pela polêmica das teorias monista e dualista⁹⁸.

2.3 monismo *versus* dualismo

Estas duas teorias dizem respeito às relações do direito internacional público com o direito interno e, não obstante, serem consideradas, por Cançado Trindade, um dogma ultrapassado, elas ainda têm seu valor nas discussões jurisprudenciais e doutrinárias brasileiras, em especial entre constitucionalistas e internacionalistas.

Assim, distingue-se tais teorias como:

Dualista⁹⁹, dois sistemas distintos, a ordem jurídica interna, estabelecida no interior de uma comunidade, e a ordem jurídica internacional, que trata apenas das relações entre os Estados, não havendo concorrência entre normas de origem diversa, cuja diferença encontra-se

⁹⁶ STF. Carta Rogatória n. 8279. Relator: Min.Celso de Mello. Julgamento 17/06/1998. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 10/08/2000.

⁹⁷ ARAÚJO, Nadia de; Inês da Matta Andreiuolo. Op. cit., p. 79.

⁹⁸ SILVA, Dicken William Lemes. Op. cit., p. 93.

⁹⁹ “Foi Alfred von Verdross que, em 1914, cunhou a expressão ‘dualismo’, a qual foi aceita por Heinrich Triepel, em 1923” (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais - com comentários à Convenção de Viena de 1969*. São Paulo: Juarez de oliveira: 2001, p.121).

em suas fontes jurídicas, havendo necessidade de transpor a norma internacional para o sistema interno por manifestação legislativa, que a transformaria em norma interna¹⁰⁰, “ou seja, constituem círculos que não se interceptam, embora sejam igualmente válidos”¹⁰¹. Para os dualistas, os compromissos internacionalmente assumidos não geram efeito automático no direito interno, a menos que todo o pactuado se materialize na forma de diploma normativo do direito interno.¹⁰²

Já para a teoria monista¹⁰³, existe uma única ordem jurídica, sendo as leis expressão da ordem interna e os tratados da ordem internacional, não havendo necessidade de internalização das obrigações contraídas pelo direito internacional, por não existir separação entre leis internas e internacionais.¹⁰⁴ Assim, os compromissos internacionais assumidos pelos Estados, passam a ter aplicação imediata no ordenamento interno, isto reflete a “incorporação automática” adotada por países como Bélgica, França e Holanda¹⁰⁵

Jacob Dolinger, explica:

“Hans Kelsen, que deu ao monismo jurídico sua expressão científica definida, advogava a primazia do direito internacional sobre o direito interno por motivos de ordem prática: a primazia do direito acarretaria o despedaçamento do direito e, conseqüentemente, sua negação... Esta foi a posição abraçada pelos internacionalistas brasileiros(...) geralmente aceita pelos tribunais, inclusive pelo STF, até 1977”¹⁰⁶.

¹⁰⁰ ARAÚJO, Nadia de; Inês da Matta Andreiuolo. Op. cit., p. 83-84.

¹⁰¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais - com comentários à Convenção de Viena de 1969*. Op. cit., p.119.

¹⁰² Ibidem, p. 120.

¹⁰³ “É a teoria seguida por Kelsen, Verdross, Mirkin-Guerzévitch, Lauterpacht, Jimenez Arechaga e outros” (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais - com comentários à Convenção de Viena de 1969*. Op. cit., p. 125.)

¹⁰⁴ ARAÚJO, Nadia de; Inês da Matta Andreiuolo. Op. cit., p. 85-86.

¹⁰⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais - com comentários à Convenção de Viena de 1969*. Op. cit., p. 123.

¹⁰⁶ DOLINGER, Jacob. *A nova Constituição e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987, p. 13.

Na visão de Celso de Albuquerque Mello, a teoria dualista, mais antiga, afirma que há duas ordens jurídicas independentes, a interna e a internacional e que o Direito Internacional Público precisa ser incorporado ao direito interno para ser válido. Já a teoria monista, firmada após a Segunda Guerra, defende a primazia do direito internacional sobre o direito interno¹⁰⁷.

Para Mello, o Brasil se omitiu quanto a qual corrente pertence, assim, o conflito entre norma interna e norma internacional sempre foi resolvido pela jurisprudência.¹⁰⁸

Dicken, por sua vez, conclui que o sistema brasileiro adequa-se no dualismo moderado, conforme entendimento do STF¹⁰⁹ (ADIN n.1480¹¹⁰ e Carta Rogatória n. 8279¹¹¹),

¹⁰⁷ MELLO, Celso de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. Op. cit., p. 21-24.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 24.

¹⁰⁹ SILVA, Dicken William Lemes. Op. cit., p. 94.

¹¹⁰“E M E N T A: - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONVENÇÃO Nº 158/OIT - PROTEÇÃO DO TRABALHADOR CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA - ARGÜIÇÃO DE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DOS ATOS QUE INCORPORARAM ESSA CONVENÇÃO INTERNACIONAL AO DIREITO POSITIVO INTERNO DO BRASIL (DECRETO LEGISLATIVO Nº 68/92 E DECRETO Nº 1.855/96) - POSSIBILIDADE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - ALEGADA TRANSGRESSÃO AO ART. 7º, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E AO ART. 10, I DO ADCT/88 - REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DA PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA, POSTA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR - CONSEQÜENTE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE TRATADO OU CONVENÇÃO INTERNACIONAL ATUAR COMO SUCEDÂNEO DA LEI COMPLEMENTAR EXIGIDA PELA CONSTITUIÇÃO (CF, ART. 7º, I) - CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL DA GARANTIA DE INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA COMO EXPRESSÃO DA REAÇÃO ESTATAL À DEMISSÃO ARBITRÁRIA DO TRABALHADOR (CF, ART. 7º, I, C/C O ART. 10, I DO ADCT/88) - CONTEÚDO PROGRAMÁTICO DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, CUJA APLICABILIDADE DEPENDE DA AÇÃO NORMATIVA DO LEGISLADOR INTERNO DE CADA PAÍS - POSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO DAS DIRETRIZES CONSTANTES DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT ÀS EXIGÊNCIAS FORMAIS E MATERIAIS DO ESTATUTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO - PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR DEFERIDO, EM PARTE, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. - É na Constituição da República - e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses

configurando um retrocesso, pois a “jurisprudência do STF desde seus primórdios e por longos períodos de tempo, tinha afirmado a primazia do direito internacional sobre o direito interno”¹¹².

Maurício Andreiuolo, acredita que para os dualistas o conflito entre direito internacional e direito interno não existe, pois são dois sistemas distintos e autônomos com âmbitos de aplicação diversos, recaindo o primeiro sobre relações entre estados e o segundo sobre as relações domésticas. Casos em que um ato internacional necessite adentrar na esfera nacional faz-se necessária a criação de uma lei interna específica para que o ato se incorpore ao sistema interno.¹¹³

atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto. O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais - superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado - conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (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. Precedentes. SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. (...) (STF. ADI 1480 MC / DF - DISTRITO FEDERAL MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 04/09/1997. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ DATA-18-05-2001).

¹¹¹ “E M E N T A: MERCOSUL - CARTA ROGATÓRIA PASSIVA (...)PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DE CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM GERAL E DE TRATADOS DE INTEGRAÇÃO (MERCOSUL). - A recepção dos tratados internacionais em geral e dos acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL depende, para efeito de sua ulterior execução no plano interno, de uma sucessão causal e ordenada de atos revestidos de caráter político-jurídico, assim definidos: (a) aprovação, pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, de tais convenções; (b) ratificação desses atos internacionais, pelo Chefe de Estado, mediante depósito do respectivo instrumento; (c) promulgação de tais acordos ou tratados, pelo Presidente da República, mediante decreto, em ordem a viabilizar a produção dos seguintes efeitos básicos, essenciais à sua vigência doméstica: (1) publicação oficial do texto do tratado e (2) executoriedade do ato de direito internacional público, que passa, então - e somente então - a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno.” Grifamos (STF. Carta Rogatória n. 8279. Relator: Min.Celso de Mello. Julgamento 17/06/1998. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 10/08/2000).

¹¹² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos, constituição e tratados internacionais – Estudo analítico da situação e aplicação do Tratado na ordem jurídica brasileira*. Op. cit., p. 125.

¹¹³ ANDREIUOLO, Maurício. *Os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos e a Constituição*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 158.

Já os monistas, acrescenta Andreiuolo, defendem um sistema jurídico uno, que necessita de instrumentos úteis a estabelecer relação entre normas advindas de diferentes origens. Essa é a corrente que prevalece no direito internacional privado, porém ela tem três segmentos: o que defende a primazia do direito internacional sobre o interno (monismo radical); o que defende a primazia do direito interno sobre o internacional; e o segmento que os equipara, prevalecendo a norma cronologicamente mais recente (monismo moderado).¹¹⁴

No Brasil, explica Andreiuolo, a doutrina majoritária filiou-se ao monismo clássico (kelseniano) no qual o direito internacional prevalece sobre o direito interno, porém a jurisprudência, após o STF ter julgado o Recurso Extraordinário n. 80004¹¹⁵ (01/06/1997), passou a adotar o monismo moderado¹¹⁶ (equipara hierarquicamente o tratado à lei ordinária, subordinando-o à Constituição¹¹⁷).

Como não há uniformidade, como sobreexposto, quanto ao posicionamento do Brasil, haja vista a Constituição ter-se omitido sobre o modo de internalização dos tratados, uma boa forma de se analisar a validade dos tratados no plano interno seria destacar “dois momentos

¹¹⁴ ANDREIUOLO, Maurício. Op. cit., p. 159.

¹¹⁵ EMENTA: CONVENÇÃO DE GENEVRA, LEI UNIFORME SOBRE LETRAS DE CAMBIO E NOTAS PROMISSORIAS, AVAL APOSTO A NOTA PROMISSORIA NÃO REGISTRADA NO PRAZO LEGAL, IMPOSSIBILIDADE DE SER O AVALISTA ACIONADO, MESMO PELAS VIAS ORDINARIAS. VALIDADE DO DECRETO-LEI N. 427, DE 22.01.1969. EMBORA A CONVENÇÃO DE GENEVRA QUE PREVIU UMA LEI UNIFORME SOBRE LETRAS DE CAMBIO E NOTAS PROMISSORIAS TENHA APLICABILIDADE NO DIREITO INTERNO BRASILEIRO, NÃO SE SOBREPOE ELA AS LEIS DO PAIS, DISSO DECORRENDO A CONSTITUCIONALIDADE E CONSEQUENTE VALIDADE DO DEC. LEI Nº 427/69, QUE INSTITUI O REGISTRO OBRIGATORIO DA NOTA PROMISSORIA EM REPARTIÇÃO FAZENDARIA, SOB PENA DE NULIDADE DO TÍTULO. SENDO O AVAL UM INSTITUTO DO DIREITO CAMBIARIO, INEXISTENTE SERÁ ELE SE RECONHECIDA A NULIDADE DO TÍTULO CAMBIAL A QUE FOI APOSTO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. (STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE. Julgamento: 01/06/1977. Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO. Publicação: DJ DATA-29-12-1977 PG-09433 DJ DATA-19-05-1978). Grifo nosso.

¹¹⁶ ANDREIUOLO, Maurício. Op. cit., p. 160.

¹¹⁷ ARAÚJO, Nadia de; Inês da Matta Andreiuolo. Op. cit., p.88.

distintos: o da incorporação e, em seguida, o da sua posição hierárquica”¹¹⁸, com essa análise conclui-se que “somos dualistas porque não há como incorporar um tratado ao ordenamento jurídico interno sem em primeiro lugar proceder à sua internalização”¹¹⁹.

Valério Mazzuoli, afirma que a posição mais acertada, no entanto, é a do monismo radical, que ele intitula de monismo internacionalista, pois “além de permitir o solucionamento de controvérsia internacionais, fomenta o desenvolvimento do direito internacional e a evolução da comunidade das nações rumo à concretização de uma comunidade internacional universal”¹²⁰.

Toda essa diferenciação faz-se necessária para entendermos a sistemática brasileira e aplicarmos de forma constitucional as normas de internalização dos tratados, em especial, no tocante a incorporação das normas derivadas de tratados de proteção aos direitos humanos, pois se nos enquadrarmos, como pretende o STF, na teoria dualista, necessitaremos sempre de um processo de internalização, no entanto, se formos monistas, poderemos aplicar, de forma automática, os tratados.

2.4 tratados internacionais de proteção aos direitos humanos

A Constituição brasileira rege-se pelos seguintes fundamentos e princípios:

“**Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I- a soberania;
- II- a cidadania;

¹¹⁸ ARAÚJO, Nadia de; Inês da Matta Andreiuolo. Op. cit., p.87.

¹¹⁹ *Ibidem*, p.87.

¹²⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos, constituição e tratados internacionais – Estudo analítico da situação e aplicação do Tratado na ordem jurídica brasileira*. Op. cit., p. 125.

III- a dignidade da pessoa humana;

IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V- o pluralismo político.”

Art. 4º 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;

...” (grifamos).

O valor da dignidade humana, como fundamento constitucional, “impõe-se como um núcleo básico e informador do ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valorização a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional”.¹²¹ Ocorre que “os direitos fundamentais, bem como toda a ordem jurídica, têm como assento material o valor da pessoa humana”¹²²

Já, a previsão constitucional da prevalência dos direitos humanos significa “o engajamento do Brasil no sistema internacional de edificação de normas protetivas de direitos humanos e a preocupação em integrar as regras internacionais à ordem jurídica interna”¹²³, ou seja, reconhece e garante os direitos humanos, visando integrar o sistema normativo brasileiro às regras de direitos humanos internacionalmente consagradas, onde o direito do homem prevalecerá sobre os demais.

E, ao fim da declaração dos direitos fundamentais, a Constituição de 1988 inova ao acrescentar o §2º do artigo 5º:

¹²¹ PIOVESAN, Flávia. *A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos*. IN BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu & ARAÚJO, Nadia de (Org.). *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 128.

¹²² MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiologia da Constituição*. 3 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 124.

¹²³ ARAÚJO, Nadia de; Inês da Matta Andreiuolo. *Op. cit.*, p. 102.

“Art. 5º. *omissis*

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Assim, “*a contrario sensu*”, a Constituição inclui no rol dos direitos constitucionalmente protegidos, os decorrentes de tratados internacionais que o Brasil seja parte, por processo que implica na incorporação pelo texto constitucional desses direitos, atribuindo-lhes hierarquia de norma constitucional¹²⁴, ou seja, “o legislador constituinte deu hierarquia constitucional aos direitos humanos protegidos nos tratados ratificados pelo Brasil”.¹²⁵

Esta conclusão “advém ainda da 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”¹²⁶. Acrescenta Gebran Neto que “o princípio da dignidade humana (...) funciona como pedra angular para a interpretação constitucional, servindo de norte e como última *ratio* para se dirimir conflitos entre interpretações”.¹²⁷

Cançado Trindade, explica:

“a novidade do art 5 (2) da Constituição de 1988 consiste no acréscimo, por proposta que avancei, ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, dos direitos e garantias expressos em tratados internacionais sobre proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte. (...)É alentador que as conquistas do direito internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no direito constitucional enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra

¹²⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5 ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.75.

¹²⁵ ARAÚJO, Nadia de; Inês da Matta Andreiuolo. Op. cit., p. 103.

¹²⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5 ed. Op. cit., p.74.

¹²⁷ GEBRAN NETO, João Pedro. *A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 47.

guardada nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista.”¹²⁸

De fato, constitui-se, com tal dispositivo, um sistema normativo aberto de direitos e garantias fundamentais, que, nas palavras de Canotilho, “é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica (Caliess), traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça”.¹²⁹

Pode-se dizer, então, que este dispositivo instituiu um sistema de integração entre as normas de direito constitucional e as de direito internacional dos direitos humanos, “através de uma cláusula aberta para a proteção dos direitos e garantias fundamentais”¹³⁰, ou ainda, como explica Paulo Gustavo Gonet Branco:

“O parágrafo em questão dá ensejo a que se afirme que se adotou um sistema aberto de direitos fundamentais no Brasil, não se podendo considerar taxativa a enumeração dos direitos fundamentais no Título II da Constituição (...) É legítimo, portanto, cogitar de direitos fundamentais previstos expressamente no catálogo da carta e de direitos materialmente fundamentais que estão fora do catálogo. Direitos não rotulados expressamente como fundamentais no título próprio da Constituição podem ser como tal considerados, a depender da análise se deu objeto e dos princípios adotados pela Constituição.”¹³¹

Segundo análise de Canotilho¹³²:

“O programa normativo-constitucional não pode se reduzir, de forma positivista, ao ‘texto’ da constituição. Há que densificar, em profundidade, as normas e princípios da constituição, alargando o ‘bloco da constitucionalidade’ ...”

¹²⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 631.

¹²⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Op. cit., p. 1143.

¹³⁰ LOUREIRO, Silva Maria de Silveira. *Tratados internacionais sobre direito humanos na Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 75.

¹³¹ MENDES, Gilmar Ferreira; Inocêncio Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 160-161.

¹³² CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 6ª ed.. Coimbra: Almedina, 1993, p. 982.

Assim, “o dispositivo em foco está, portanto, ao contrário do que sustentam a jurisprudência e a doutrina majoritária brasileiras, em consonância com as recentes constituições européias e latino-americanas”¹³³, ou ainda, nas palavras de Cançado Trindade, “a nova Constituição Brasileira vem, assim, fortalecer a tendência de Constituições recentes de reconhecer a relevância da proteção internacional dos direitos humanos e dispensar atenção e tratamento especial à matéria”¹³⁴.

Vale, resumidamente, explicitar regras de algumas constituições estrangeiras recentes que conferiram maior abertura à internacionalização dos direitos humanos, concedendo tratamento especial ou diferenciado. A Carta de Portugal (1976) estabeleceu que os “direitos fundamentais nela consagrados não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”, a do Peru (1979) determina que os preceitos contidos nos tratados sobre direitos humanos têm hierarquia constitucional, a da Guatemala (1986) estabelece que os tratados sobre direitos humanos ratificados têm preeminência sobre o direito interno, a da Nicarágua (1987) integra, com a finalidade de proteção, os direitos consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, nos dois pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a do Chile (1989) acrescentou que “é dever dos órgãos do Estado respeitar e promover tais direitos, garantidos por esta Constituição, assim como pelos tratados internacionais ratificados pelo Chile e que se encontrem vigentes”¹³⁵.

Um bom exemplo, do caso português, extrai-se da lição de Jorge Miranda:

¹³³ LOUREIRO, Silva Maria de Silveira. Op. cit., p. 76.

¹³⁴ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. Op. cit., p. 631.

¹³⁵ *Ibidem* p.629-630.

No mesmo sentido: Flávia Piovesan, Nadia Araújo e Inês da Matta Andreiuolo.

“(...) o art. 16, n. 1, da Constituição aponta para um sentido material dos 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. 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 direitos, através de novas faculdades para além daquelas que se encontram definidas ou especificadas em cada momento.”¹³⁶

Da análise do §2º do art. 5º da Constituição aparecem, então, três vertentes quanto aos direitos e garantias: a) direitos expressos na constituição; b) direitos expressos nos tratados internacionais que o Brasil seja parte; c) direitos implícitos, subentendidos nas regras de garantias¹³⁷. Assim, para delimitar o universo dos tratados internacionais constitucionalmente previstos, basta examinar os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Destarte, em relação ao sistema de direitos e garantias, a Constituição de 1988 reconhece “uma dupla fonte normativa: aquela advinda do direito interno (direitos expressos e implícitos na Constituição), e aquela advinda do direito internacional (decorrente dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte)”¹³⁸.

Esta interpretação é baseada nos princípios da máxima efetividade das normas constitucionais e da ótima concretização das normas, nas quais se dá, a cada norma constitucional ligada a todas as outras, o máximo de capacidade de regulamentação, pois não se pode fazer uma interpretação que retire ou diminua a razão de ser de norma constitucional, somente dessa

¹³⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, tomo IV, 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 153

¹³⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais*. Op. cit., p. 235-236.

¹³⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais*. Op. cit., p. 235, p. 237.

forma, está-se conferindo máxima efetividade aos princípios constitucionais, principalmente ao princípio do art. 5º, §2º.¹³⁹

Em relação a ótima concretização das normas, explica Canotilho:

“A interpretação da Constituição (...) é uma compreensão de sentido, um preenchimento de sentido juridicamente criador, em que o interprete efectua uma actividade práctico-normativa, concretizando a norma para e a partir de uma situação histórica concreta.”¹⁴⁰

O mesmo autor também explica o princípio da máxima efetividade:

“A uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais.”¹⁴¹

Celso de Albuquerque Mello é ainda mais radical, em relação ao significado do dispositivo em questão (art. 5º, § 2º), afirmando que este não apenas empresta hierarquia constitucional, e sim que a norma internacional deve prevalecer sobre a norma constitucional¹⁴².

Observe-se, porém, que os demais tratados internacionais têm força infraconstitucional, pelo disposto no art. 102, III, b da Constituição, que atribui competência ao STF para julgar, em Recurso Extraordinário, “as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”.

Por força deste dispositivo, parte da doutrina acolheu a concepção de que tratados internacionais e leis federais têm a mesma hierarquia, podendo-se aplicar o princípio “lei

¹³⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5 ed. Op. cit., p. 82.

¹⁴⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Op. cit., p. 1196.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 1208.

¹⁴² MELLO, Celso de Albuquerque. *O § 2º do art. 5º da Constituição Federal*. Op. cit., p. 25.

posterior revoga lei anterior que com ela seja incompatível”¹⁴³ e, desde 1977 (RE 80.004), o STF acolhe o sistema paritário, equiparando o tratado internacional à lei federal, sem fazer distinção de tratados tradicionais e tratados de proteção aos direitos humanos.

Pedro Dallari, contrapõe-se a jurisprudência do STF e afirma que:

“se a constituição distinguiu os tratados de Direitos humanos, o fez para assegurar-lhes uma condição mais relevante no quadro da hierarquia das normas jurídicas vigentes no Brasil do que aquela reconhecida para o restante das normas convencionais internacionais, sendo plenamente defensável, portanto, a tese da equiparação constitucional dos primeiros”¹⁴⁴

Insiste-se, portanto, que a teoria da paridade entre tratado e lei federal não se aplica aos tratados de direitos humanos, eis que a Constituição de 1988 atribui a estes natureza de norma constitucional. No mesmo sentido, Carlos Weis leciona:

“o artigo que confere ao Supremo Tribunal Federal poder de decidir sobre a constitucionalidade de tratado internacional (art. 102, II, b) não pode ser aplicado aos que tenham por objeto direitos humanos, os quais – segundo Flavia Piovesan - possuem ‘privilégio hierárquico’ em relação aos demais, conferido pela Constituição federal de 1988, em atenção à sua natureza e finalidade. Tal posição de supremacia dos direitos humanos é amplamente amparada pela atual Constituição, que elege como fundamento da República a dignidade da pessoa humana.(...)Faz sentido, então, tratar os tratados internacionais de direitos humanos de forma distinta dos demais, em razão da matéria.”¹⁴⁵

Observe-se que, até mesmo o Ministro do STF, Suplúveda Pertence, em voto proferido no RHC 79.785- RJ, concluiu que

“(...) parificar às leis ordinárias os tratados que alude o art. 5º. §2º, da Constituição, seria esvaziar de muito o seu sentido útil da inovação, que,

¹⁴³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5 ed. Op. cit., p. 83.

¹⁴⁴ DALLARI, Pedro B. A. *Constituição e tratados internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 61.

¹⁴⁵ WEIS, Carlos. Op. cit., p. 33-34.

malgrado os termos equívocos de seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internalização dos direitos humanos.(...)”¹⁴⁶

Em suma, os tratados de proteção aos direitos humanos deveriam ter tratamento jurídico diferente dos tratados internacionais em geral, conferido pelo art. 5º, §2º da Constituição Federal, pois, aqueles objetivam salvaguardar os direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados. Infere-se daí que “esse caráter especial, passa a justificar, assim, o status constitucional atribuído aos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos. Dessa forma, o ser humano, nessa escala de valores, passa a ocupar a posição central, já de há muito merecida.”¹⁴⁷

Piovesan reforça sua tese acrescentando um argumento publicista¹⁴⁸, no qual os tratados de direitos humanos apresentam superioridade hierárquica sobre os demais atos internacionais de caráter técnico, formando um universo de princípios que apresentam especial força obrigatória, denominado *jus cogens*¹⁴⁹ (normas imperativas de direito internacional público).

Assim, como os direitos humanos essenciais são considerados *jus cogens*, deve-se admitir a hierarquia especial e privilegiada sob tratados internacionais de direitos humanos, relativamente aos demais tratados internacionais, o que sustenta a conclusão de que o

¹⁴⁶ STF. RHC 79.785- RJ. RECURSO EM HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento: 29/03/2000. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 22-11-2002.

¹⁴⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos *direitos humanos no ordenamento brasileiro*. Revista de Informação Legislativa, v. 3, n. 147, jul./set. 2000, p. 187.

¹⁴⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5 ed. Op. cit., p. 88-89

¹⁴⁹ *jus cogens*, na definição de Francisco Rezek significa “direito que obriga, o direito imperativo. Foi tema originalmente teorizado nesta área por juristas de expressão alemã, destacando-se Alfred Verdross e Friedrich von Heydte, nos anos que precederam a Segunda Grande Guerra. Seria ele o conjunto de normas que, no plano dos direitos da gentes, impõem-se objetivamente aos Estados, a exemplo da normas de ordem pública que em todo sistema de direito interno limitam a liberdade contratual das pessoas. No mesmo sentido, Juan Antonio Travieso, André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, Dominique Carreau, Alfred Verdross e Friedrich von Heydte, entre outros.

ordenamento jurídico brasileiro fez a opção por um sistema misto que disciplina os tratados, combinando um regime jurídico para os tratados internacionais gerais e outro para os tratados de proteção aos direitos humanos.¹⁵⁰

Certa, também, é a interpretação de que os direitos advindos dos tratados internacionais direitos humanos são cláusulas pétreas¹⁵¹, assim como os demais direitos fundamentais, e não podem, por esse motivo, ser suprimidos por Emenda Constitucional, conforme art. 60, § 4º, “ingressando, conseqüentemente, no chamado ‘bloco de constitucionalidade’, ou seja, no catálogo dos direitos e garantias fundamentais protegidos, ficam também impedidos, por parte do Supremo Tribunal Federal, qualquer declaração de inconstitucionalidade”¹⁵²

Então, neste contexto tendente a conceder tratamento especial aos direitos e garantias internacionais, o Brasil inseriu a inovação constante do art. 5º, § 2º, no qual os direitos e garantias expressos na constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, inserindo os direitos de proteção aos seres humanos no universo dos direitos constitucionalmente protegidos.

Importante ressaltar que ter hierarquia constitucional, não é sinônimo de incorporar-se ao texto constitucional. De fato, os tratados de direitos humanos “complementam o rol dos direitos e garantias fundamentais protegidos pela Lei Fundamental, ampliando o núcleo

¹⁵⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5 ed. Op. cit., p. 90.

¹⁵¹ O voto direto, secreto universal e periódico; a separação dos poderes; os direitos e garantias individuais são matérias que “formam o núcleo intangível da Constituição Federal, denominado tradicionalmente por ‘cláusulas pétreas’” (MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. Op. cit., p. 590.) grifamos

¹⁵² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais*. Op. cit., p. 245.

mínimo dos direitos e garantias consagrados”,¹⁵³ passando, com isso, a integrar materialmente¹⁵⁴ a Constituição.

2.4.1 a incorporação automática dos direitos e garantias fundamentais

A Constituição de 1988 aponta, ainda, outro inédito princípio, o da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, conforme art. 5º, §1º da CF/88:

“Art. 5º.
§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

Manuel Gonçalves Ferreira Filho afirma, em relação a este dispositivo, que “a intenção que a ditou é compreensível e louvável: evitar que essas normas fiquem letra morta por falta de regulamentação”.¹⁵⁵

Dessa forma, se os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, então, os tratados de direitos humanos, que definem direitos e garantias, também deveriam ter aplicação imediata.

Segundo lição de Celso Ribeiro Bastos:

“Não será mais possível a sustentação da tese dualista, é dizer, a de que os tratados obrigam diretamente aos Estados, mas não geram direitos subjetivos para os particulares, que ficariam na dependência de referida intermediação legislativa. Doravante será, pois, possível a invocação de tratados e convenções dos quais o Brasil seja signatário, sem a necessidade de edição pelo Legislativo

¹⁵³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais*. Op. cit., p. 243.

¹⁵⁴ Normas materialmente constitucionais, para Paulo Bonavides, são as normas que se incluem no “conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem pública” (BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 63).

¹⁵⁵ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 102.

de ato com força de lei, voltado à outorga de vigência interna aos acordos internacionais”.¹⁵⁶

Como conseqüências da incorporação imediata dos tratados internacionais de direitos humanos, sem a necessidade de lei para sua exigibilidade e implementação, têm-se: a possibilidade do particular invocar diretamente os direitos e liberdades decorrentes dos tratados, a proibição de condutas e atos violadores desses direitos e a perda de vigência das leis incompatíveis com esses tratados, passando a ser recorríveis qualquer decisão judicial que violar o prescrito nos mesmos.¹⁵⁷

Compete ao STJ, com base no art. 105, III, “a” da CF, julgar mediante Recurso Especial (RESP), as causas decididas pelos Tribunais Regionais Federais e Tribunais estaduais, quando contrariarem tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência. Assim, cabe ao Judiciário, invalidar a conduta que violar tratado internacional.

Relevante se faz a diferenciação entre incorporação automática e incorporação legislativa dos tratados. Há incorporação automática quando os tratados passam a constituir tanto a ordem jurídica internacional quanto a nacional, refletindo a sistemática de incorporação da teoria monista (internacionalista kelseniana¹⁵⁸). E, há sistemática de incorporação legislativa quando o Estado recusa a vigência de tratado internacional sem lei que o implemente, trata-se da

¹⁵⁶BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988-1989, p. 396.

¹⁵⁷PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5 ed. Op. cit., p. 99.

¹⁵⁸ “Onde basta a ratificação do tratado para que o mesmo produza efeitos jurídicos tanto no plano internacional como no plano interno” (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais*. Op. cit., p. 260.)

concepção dualista (moderado), onde o direito internacional e o direito interno são duas ordens jurídicas distintas.¹⁵⁹

Face às duas sistemáticas de incorporação, verifica-se que o Brasil optou por um sistema misto, no qual os tratados internacionais de direitos humanos, por serem direitos fundamentais, se incorporam automaticamente e, portanto, têm aplicabilidade imediata, enquanto os direitos internacionais em geral dependem de lei que os implementem, aplicando-se a sistemática legislativa.

Citam, André Gonçalves e Fausto de Quadros que:

“No sistema misto o Estado não reconhece a vigência automática de todo o Direito Internacional, mas reconhece-o só sobre certas matérias. As normas internacionais respeitantes a essas matérias vigoram, portanto, na ordem interna independentemente de transformação; ao contrário, todas as outras vigoram apenas mediante transformação. Este sistema é conhecido por sistema de cláusula geral de recepção semiplena, este sistema resulta da adoção cumulativa de concepções monistas e dualistas quanto às relações entre Direito internacional e Direito Interno”¹⁶⁰.

Essa conclusão deriva da falta expressa de menção constitucional a qualquer corrente (monista e dualista), adotando-se a dualista, onde há duas ordens jurídicas distintas, salvo para os tratados internacionais de direitos humanos, onde aplica-se a teoria monista.

2.4.2 os impactos jurídicos das normas de direito internacional de proteção aos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro

De grande relevância é a enumeração dos impactos jurídicos dos tratados internacionais de direitos humanos no direito interno brasileiro e as possíveis consequências

¹⁵⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5 ed. Op. cit., p. 101.

¹⁶⁰ PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de direito internacional público*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 95.

decorrentes da incorporação desses tratados pelo ordenamento jurídico brasileiro, como forma de explicar como as normas decorrentes os tratados afetam as normas internas.

O primeiro impacto, diz respeito à coincidência de enunciados de tratados de direitos humanos com o direito interno, em especial, os assegurados pela Constituição, vez que a CF/88 contém inúmeros dispositivos que reproduzem enunciados de tratados internacionais de direitos humanos, v.g., o princípio de que “todos são iguais perante a lei”, constante do art. 5º, caput, está expresso no art. VII da Declaração universal, art. 26 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e art. 24 da Convenção América. Tal reprodução revela a preocupação do legislador em colocar o direito interno em harmonia com as obrigações internacionais assumidas, além de refletir que o legislador buscou inspiração nos tratados.¹⁶¹

O segundo impacto seria responsável por alargar o universo dos direitos constitucionalmente defendidos, inovando, integrando e completando, uma vez que através dos tratados ratificados, é possível estabelecer vários direitos que não estão expressos no ordenamento jurídico, mas passam a incorporar o direito interno por estarem enunciados nos tratados¹⁶². Pode-se, ainda, preencher lacunas¹⁶³ apresentadas no direito brasileiro.

Nas palavras de Mazzuoli, “ocorre o que chamamos de efeito aditivo dos tratados, pois os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos passam a adicionar a

¹⁶¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5 ed . Op. cit., p.108-109.

¹⁶² *Ibidem*, p. 109.

¹⁶³ Valério Mazzuoli, considera o preenchimento de lacunas um terceiro tipo de impacto. (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais*. Op. cit., p. 270).

texto constitucional, direitos que a Carta expressamente não previa, e o faz através da cláusula aberta do § 2º do art. 5º da Constituição”.¹⁶⁴

Um exemplo é a decisão proferida pelo STF no Habeas Corpus 70389-5/SP¹⁶⁵, acerca da existência do crime de tortura contra criança e adolescente, onde se concluiu que os instrumentos particulares de direitos humanos (Convenção de Nova York sobre os direitos da criança, Convenção contra a tortura adotada pela Assembléia da ONU, etc) “permitem a

¹⁶⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais*. Op. cit., p. 266.

¹⁶⁵ E M E N T A: TORTURA CONTRA CRIANÇA OU ADOLESCENTE - EXISTÊNCIA JURÍDICA DESSE CRIME NO DIREITO PENAL POSITIVO BRASILEIRO - NECESSIDADE DE SUA REPRESSÃO - CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SUBSCRITAS PELO BRASIL - PREVISÃO TÍPICA CONSTANTE DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI Nº 8.069/90, ART. 233) - CONFIRMAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DESSA NORMA DE TIPIFICAÇÃO PENAL - DELITO IMPUTADO A POLICIAIS MILITARES - INFRAÇÃO PENAL QUE NÃO SE QUALIFICA COMO CRIME MILITAR - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM DO ESTADO-MEMBRO - PEDIDO DEFERIDO EM PARTE. PREVISÃO LEGAL DO CRIME DE TORTURA CONTRA CRIANÇA OU ADOLESCENTE - OBSERVÂNCIA DO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA TIPICIDADE. - O crime de tortura, desde que praticado contra criança ou adolescente, constitui entidade delituosa autônoma cuja previsão típica encontra fundamento jurídico no art. 233 da Lei nº 8.069/90. Trata-se de preceito normativo que encerra tipo penal aberto suscetível de integração pelo magistrado, eis que o delito de tortura - por comportar formas múltiplas de execução - caracteriza-se pela infligência de tormentos e suplicios que exasperam, na dimensão física, moral ou psíquica em que se projetam os seus efeitos, o sofrimento da vítima por atos de desnecessária, abusiva e inaceitável crueldade. - A norma inscrita no art. 233 da Lei nº 8.069/90, ao definir o crime de tortura contra a criança e o adolescente, ajusta-se, com extrema fidelidade, ao princípio constitucional da tipicidade dos delitos (CF, art. 5º, XXXIX). A TORTURA COMO PRÁTICA INACEITÁVEL DE OFENSA À DIGNIDADE DA PESSOA. A simples referência normativa à tortura, constante da descrição típica consubstanciada no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, exterioriza um universo conceitual impregnado de noções com que o senso comum e o sentimento de decência das pessoas identificam as condutas aviltantes que traduzem, na concreção de sua prática, o gesto ominoso de ofensa à dignidade da pessoa humana. A tortura constitui a negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete - enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva - um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo. NECESSIDADE DE REPRESSÃO À TORTURA - CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. - O Brasil, ao tipificar o crime de tortura contra crianças ou adolescentes, revelou-se fiel aos compromissos que assumiu na ordem internacional, especialmente àqueles decorrentes da Convenção de Nova York sobre os Direitos da Criança (1990), da Convenção contra a Tortura adotada pela Assembléia Geral da ONU (1984), da Convenção Interamericana contra a Tortura concluída em Cartagena (1985) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), formulada no âmbito da OEA (1969). Mais do que isso, o legislador brasileiro, ao conferir expressão típica a essa modalidade de infração delituosa, deu aplicação efetiva ao texto da Constituição Federal que impõe ao Poder Público a obrigação de proteger os menores contra toda a forma de violência, crueldade e opressão (art. 227, caput, in fine).

(HC 70389 / SP - SÃO PAULO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES. Rel. Acórdão Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 23/06/1994 Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO. Publicação: DJ DATA10-08-2001.)

integração da norma penal em aberto, a partir do reforço do universo conceitual relativo ao termo ‘tortura’¹⁶⁶.

Outro exemplo foi proferido no voto do Min. Sepúlveda Pertence, no RHC 79.785 - RJ, *in verbis*:

“(…) Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são com grande frequência, precisamente porque – alçados ao texto constitucional – se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como à recepção das anteriores à Constituição) cf. Hans Kelsen, Teoria Geral, cit. P, 255)

(…)

Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, tendo assim - aproximando-me, creio, da linha desenvolvida no Brasil por Cançado Trindade (e.q., memorial cit. Ibidem, p. 43) e peça ilustrada Flávia Piovesan (A Constituição Brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, em Boucaut, e N. Araújo (órgão)), os direitos humanos e o direito interno)- **aceitar a outorga de força supra-legal às convenções de direitos humanos**, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, de necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, **a complementarem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes.** (...)”¹⁶⁷ grifamos

O terceiro impacto, o mais problemático, envolve a solução de conflitos entre o direito internacional de proteção aos direitos humanos e o direito interno. De certo, o critério a ser adotado deve seguir a escolha da norma mais favorável à vítima, pois prevalece a norma mais benéfica ao “titular do direito”. O princípio da norma mais favorável à vítima está expresso nos tratados internacionais, v.g. Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹⁶⁸, art. 29, b, d, bem como na prática e jurisprudência de órgãos de supervisão internacional.

¹⁶⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5 ed. Op. cit., p.111.

¹⁶⁷ STF. RHC 79.785- RJ. RECURSO EM HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento: 29/03/2000. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 22-11-2002.

¹⁶⁸ Conhecida, também, como Pacto de San Jose da Costa Rica.

Para Cançado Trindade: “(...) a primazia, é no presente domínio, da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos consagrados da pessoa humana, seja ela uma norma de direito internacional ou de direito interno”¹⁶⁹.

Nesse sentido, o voto do juiz Antônio Carlos Malheiros (Apelação n. 613053-8-1º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo) “ao afastar cabimento da prisão civil por dívidas, fundamenta-se no Código de Defesa do Consumidor (art. 42), na Constituição (art. 5º, LXVII) e nos tratados internacionais e direitos humanos, especialmente na Convenção Americana e no Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos”¹⁷⁰:

“...pode-se concluir, com razoável tranquilidade, que os princípios emanadas dos tratados internacionais, a que o Brasil tenha ratificado, equivalem-se às próprias normas constitucionais. (...) Assim, difícil contrariar-se a tese da impossibilidade de prisão civil por dívidas, exceção feita aos inadimplementos de débitos alimentários, podendo-se até, diante de todo exposto, discutir-se sobre ter continuado eficaz a previsão constitucional (art. 5º, LXVII), que fala de outros casos de prisão civil de depositário infiel, após o advento dos referidos dispositivos, trazidos citados tratados internacionais”.

No mesmo sentido é o voto do Juiz Ademir de Carvalho, também, do Primeiro Tribunal de Alçada Cível de São Paulo (Apelação Cível n. 515.807-2)¹⁷¹:

“A regra legal que estabelece a prisão para a hipótese de descumprimento dessa obrigação contratual está revogada, em função de ter o Brasil aderido ao Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (...)”

A prevalência da norma mais favorável à vítima apresenta-se como regra hermenêutica fundamental¹⁷², lembrando-se, sempre, do princípio que rege a República

¹⁶⁹CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileira*. San José de Costa Rica/ Brasília: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1992, p. 317-318.

¹⁷⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5 ed. Op. cit., p. 118.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 119.

¹⁷² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais*. Op. cit., p. 272.

Federativa do Brasil: prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II da Constituição Federal).

Ressalte-se análise de Valério Mazzuoli:

“(…) Ora, se é princípio da República Federativa do Brasil a prevalência dos direitos humanos, a outro entendimento não se pode chegar senão a de que todos tratados internacionais de direitos humanos terão prevalência no que forem mais benéficos às normas constitucionais em vigor. A conclusão, aqui, mais uma vez, decorre da própria lógica jurídica, que não pode ser afastada, interpretando-se corretamente aqueles preceitos.”¹⁷³

Assim, na hipótese de eventual conflito entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno, “adota-se o critério da norma mais favorável à vítima(...) a primazia é da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos da pessoa humana. A escolha da norma mais benéfica é tarefa que caberá fundamentalmente aos tribunais nacionais e a outros órgãos aplicadores do direito”.¹⁷⁴ Se a norma mais favorável for “a própria Constituição, ótimo. Se não for, deixa-se esta de lado e utiliza-se a norma mais favorável à pessoa humana, sujeito de direitos internacionalmente consagrados”.¹⁷⁵

Em suma, “os direitos internacionais constantes dos tratados de direitos humanos apenas vêm aprimorar e fortalecer, nunca a restringir ou debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo interno”¹⁷⁶, devendo ser protegidos constitucionalmente para dar, de fato, prevalência aos direitos humanos e alcançar o que foi estabelecido pelo Constituinte Originário.

¹⁷³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *A influência dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos no direito interno brasileiro e a primazia da norma mais favorável como regra de hermenêutica internacional*. Revista da procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 53, jun. 2000, p. 96-97.

¹⁷⁴ PIOVESAN, Flávia. *A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos*. Op. cit., p. 136.

¹⁷⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *A influência dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos no direito interno brasileiro e a primazia da norma mais favorável como regra de hermenêutica internacional*. Op. cit., p. 98.

¹⁷⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5 ed. Op. cit., p. 117.

Sem embargos:

“ainda não se tem chegado a um grau mínimo de respeitabilidade dessas normas. Assim é que, no atual estágio de evolução da sociedade, com a constante cada vez mais crescente de desrespeito aos direitos humanos, é preciso que se busquem, seja no direito nacional, seja no internacional, saídas eficazes para a solução do problema diário da violação dos direitos internacionalmente garantidos pelos tratados internacionais.”¹⁷⁷

¹⁷⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos provenientes de tratados: exegese dos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição de 1988*. Revista Jurídica, São Paulo, v. 48, n. 278, dez. 2000, p. 41.

3 A INOVAÇÃO TRAZIDA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL 45/04

Em 31 de dezembro de 2004, foi publicada a Emenda Constitucional 45 – EC 45/04, intitulada “Reforma do Judiciário”. Desta emenda, emanou uma alteração no art. 5º da Constituição Federal, que inclui o § 3º, *in verbis*:

“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 primeira vista, este novo dispositivo, diga-se equitópico, resolveria a controvérsia travada pelos doutrinadores constitucionalistas e internacionalistas, além da jurisprudência, quanto ao *status* hierárquico das normas de proteção de direitos humanos.

Entretanto, uma análise mais profunda, faz-nos perceber que a alteração “introduzida na Carta Magna pela EC n. 45/04, com a inclusão do famigerado § 3º ao art. 5º, nada mais faz do que dificultar e fragilizar a vigência interna das normas internacionais em matéria de direitos e garantias fundamentais”.¹⁷⁸

Diz-se “fragilizar”, porque os tratados internacionais que não forem aprovados com o quorum de emenda constitucional, mesmo que em matéria de direitos humanos, terão status de lei ordinária e “dificultar” porque o quorum exigido é muito difícil de ser alcançado, haja vista o que número de parlamentares que se encontram em suas respectivas Casas em cada

¹⁷⁸SGARBOSSA, Luis Fernando. *A Emenda Constitucional nº 45/04 e o novo regime jurídico dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6272>>. Acesso em: 16/02/2005.

votação raramente alcança o número exigido, o que torna moroso qualquer votação de emendas constitucionais.

De fato, “tal disposição constitui um inegável retrocesso em matéria de proteção e efetivação dos direitos humanos no Brasil”¹⁷⁹, pois o *status* constitucional, que era concedido pelo já citado §2º do art. 5º da Constituição, fica agora ao alvedrio do constituinte derivado e, além disto, todos os tratados ratificados até o presente, os quais não foram aprovados pelo quorum especial, teriam seu status constitucional negado.

Pedro Dallari, leciona no mesmo sentido, ao afirmar que:

“paradoxalmente, a adoção, pelo Congresso Nacional, de preceito a princípio voltado a conferir maior relevância a tratados internacionais de direitos humanos, acabou por comprometer seriamente a tese, mais favorável à promoção dos direitos humanos, de que os tratados nessa matéria já teriam *status* constitucional.”¹⁸⁰

Para Aldo de Campos Costa, o problema do dispositivo em questão é não abrir “uma porta para que se possa conferir o mesmo regime jurídico aos tratados de direitos humanos já ratificados pelo Brasil àqueles que futuramente serão”¹⁸¹.

Alexandre de Moraes afirma que “a opção de incorporação de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, nos termos do art. 49, I ou do § 3º do art. 5º,

¹⁷⁹SGARBOSSA, Luis Fernando. *A Emenda Constitucional nº 45/04 e o novo regime jurídico dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6272>>. Acesso em: 16/02/2005.

¹⁸⁰DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. *Tratados internacionais na emenda constitucional 45*. IN: TAVARES, André Ramos; Pedro Lenza; Pietro de Jesús Lora Alarcón (Orgs.). *Reforma do judiciário*. São Paulo: Método, 2005, p. 91.

¹⁸¹COSTA, Aldo de Campos. *Reforma gera tumulto em tratados internacionais*. Disponível em: <<http://conjur.uol.com.br/textos/252237/>>. Acesso em: 07/03/2005.

será discricionária do Congresso Nacional”¹⁸², ou seja, a inovação trazida pela EC 45 faculta que os tratados sobre direitos humanos sejam submetidos ao quorum especial de emendas à constituição, que se alcançado dará status constitucional à norma, mas não exclui a recepção destes tratados pelo mecanismo tradicional.

Assim, coexistirão dois tipos de *status* e conseqüentemente, hierarquia, para o mesmo tipo de norma.

Já estudamos que a República Federativa do Brasil rege-se, entre outros, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos, e tem como fundamento a dignidade humana, desta forma “a inexistência de norma concreta que tutele um dos aspectos da dignidade, diminuindo o grau de sua eficácia jurídica, pode ser considerada uma inconstitucionalidade”.¹⁸³ E ainda:

“para quem crê, como nós, que as normas internacionais de direitos humanos já haviam ingressado em nosso sistema de direito como niveladas às já expressas na Lei Maior, qualquer emenda à Carta fundamental que negue tal presença normativa é abolitiva de direitos e garantias fundamentais, estando, portanto em conflito com a cláusula pétrea do art. 60, parágrafo 4º, CF, sendo pois, inválida”.¹⁸⁴

3.1 inconstitucionalidade do art. 1º da Emenda Constitucional 45, de 30/12/2004

“EMENDA CONSTITUCIONAL 45, de 30 de dezembro de 2004
Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências.

¹⁸² MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. Op. cit., p. 618.

¹⁸³ LOPES, Ansemlo Henrique Cordeiro. *A força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos e a Emenda Constitucional nº 45/2004*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6157>>. Acesso em: 31/01/2005.

¹⁸⁴ *Ibidem*.

AS MESAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO SENADO FEDERAL, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

“Art. 1º Os arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 5º.....

LXXVIII omissis

§ 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.

(...)”

Ao colocar, a Emenda Constitucional 45, sua vigência na esfera de conveniência e oportunidade do Legislativo, possibilitando ao Congresso Nacional disciplinar, conforme seu juízo político, a conveniência de conferir a hierarquia constitucional às disposições constantes dos instrumentos internacionais de direitos humanos¹⁸⁵, incide em flagrante inconstitucionalidade¹⁸⁶, por duas razões:

A uma, o teor § 3º colide com o teor dos §§ 1º e 2º, todos do art. 5º da Constituição, “isto porque, enquanto estes incluem, automaticamente, os direitos e garantias

¹⁸⁵SGARBOSSA, Luis Fernando. *A Emenda Constitucional nº 45/04 e o novo regime jurídico dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6272>>. Acesso em: 16/02/2005.

¹⁸⁶ Em sentido diverso lecionam: José Carlos Francisco, eis que afirma ser o dispositivo constitucional, mas devendo ser interpretado no sentido de que “contextualizando a máxima efetividade com os tratados internacionais anteriores à Emenda 45, negar hierarquia constitucional a esses atos internacionais significa violentar a própria lógica que impulsionou o Constituinte Reformador a introduzir o § 3º no art. 5º do Ordenamento de 1988” (FRANCISCO, José Carlos. *Bloco de constitucionalidade e recepção dos tratados*. IN: TAVARES, André Ramos; Pedro Lenza; Pietro de Jesús Lora Alarcón (Orgs.). *Reforma do judiciário*. São Paulo: Método, 2005, p. 103.); Flavia Piovesan, a qual também acredita na constitucionalidade do dispositivo em questão afirmando que “desde logo, há que se afastar o entendimento de que, em face do § 3º do art. 5º, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam obtido o quorum de três quintos demandado pelo aludido parágrafo. Reitere-se que, por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quorum de sua aprovação, são materialmente constitucionais. O quorum qualificado está tão-somente a reforçar tal natureza constitucional, ao adicionar um lastro de formalmente constitucional. (...) Vale dizer que com o advento do § 3º do art. 5º surgem duas categorias de tratados de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais. Frise-se: todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força de § 2º do art. 5º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do § 3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparado-se às emendas à Constituição, no âmbito formal.” (PIOVESAN, FLÁVIA. *Reforma do judiciário e direitos humanos*. IN: TAVARES, André Ramos; Pedro Lenza; Pietro de Jesús Lora Alarcón (Orgs.). *Reforma do judiciário*. São Paulo: Método, 2005, p. 72.).

constantes de instrumentos internacionais no rol dos direitos e garantias constitucionalmente assegurados, o § 3º pretende limitar tal proteção, condicionando-a a deliberação do Congresso Nacional”.¹⁸⁷ No mesmo sentido explica Pedro Dallari:

“O § 3º, do art. 5º (...) por preceituar exigências iguais às observadas para a aprovação de emendas constitucionais para que os tratados de direitos humanos venham a produzir efeitos equivalentes ao de norma da Constituição, o novo dispositivo operou em sentido oposto à interpretação de que o § 2º do mesmo art. 5º, desde sua edição em 1988, já ensejaria tal nivelamento hierárquico para o rol preexistente Emenda Constitucional 45.”¹⁸⁸

A duas, emenda do art. 60, § 4º, o qual enumera as cláusulas pétreas, que:

“Art. 60 omissis

§ 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I- a forma federativa de Estado;

II- o voto direito, secreto, universal e periódico;

III- a separação dos poderes;

IV- os direitos e garantias individuais.” (grifamos)

Desta forma, qualquer instrumento que venha a abolir direitos e garantias já consagrados pelo Constituinte Originário, afronta os preceitos constitucionais, devendo ser, portanto, retirado do ordenamento jurídico pátrio.

Sobre o assunto, vale transcrever a explicação de Luis Fernando Sgarbossa:

“Ora, ao buscar restringir os efeitos de índole constitucional dos tratados e convenções internacionais em matéria de direitos humanos, condicionando-os à deliberação do parlamento, enquadra-se a Emenda, evidentemente, na hipótese consubstanciada no inciso IV do § 4º do art. 60 da Constituição, retro transcrito, por ser emenda constitucional tendente a abolir direitos e garantias fundamentais.

¹⁸⁷SGARBOSSA, Luis Fernando. *A Emenda Constitucional nº 45/04 e o novo regime jurídico dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6272>>. Acesso em: 16/02/2005.

¹⁸⁸DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. *Tratados internacionais na emenda constitucional 45*. Op. cit., p. 95.

Assim sendo, pretendeu a Emenda Constitucional nº 45 modificar o cerne rijo e imodificável da Carta Magna, usando de um verdadeiro jogo de palavras para abolir direitos e garantias fundamentais, por tentar frustrar a intenção do legislador constitucional originário de assegurar a inclusão automática de tais direitos no rol constitucional.

De se atentar para o fato de que os **parágrafos 1º e 2º da Constituição de 1988 constituem, em si mesmos, garantias fundamentais**, quais sejam: a garantia da imediata aplicabilidade das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais e a garantia da inclusão automática dos direitos e garantias fundamentais consagrados em instrumentos internacionais no rol constitucionalmente protegido.

É emenda tendente a abolir direitos e garantias fundamentais não somente aquela que vise operar a supressão literal de tais direitos e garantias do texto constitucional, mas também aquela que vise dificultar sua incorporação ou exercício, ainda que por meio de jogo de palavras, como no caso presente.”¹⁸⁹ (grifo nosso)

Em igual sentido, leciona Mazzuoli:

“Ora, se a Constituição permite que os tratados internacionais de direitos humanos ingressem no ordenamento brasileiro, revestindo-se da natureza de norma constitucional e dispondo o produto normativo desses tratados sobre direitos e garantias individuais, a outra conclusão não se chega senão a de que pelo mandamento de § 1º, do art. 5º e do § 4º, IV, do art. 60 da Carta de 1988, após a entrada de tais normas no ordenamento jurídico brasileiro, não há sequer maneira de se suprimir qualquer dos direitos provenientes daquele produto normativo convencional, nem mesmo através de Emenda à Constituição”.¹⁹⁰

Gilmar Ferreira Mendes afirma que as cláusulas pétreas de garantia traduzem um esforço do constituinte para assegurar a integridade da constituição, obstando a que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento ou impliquem profunda mudança de identidade¹⁹¹, ou seja, “qualquer alteração nos direitos fundamentais que atenuar, de forma

¹⁸⁹SGARBOSSA, Luis Fernando. *A Emenda Constitucional nº 45/04 e o novo regime jurídico dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos*. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6272>>. Acesso em: 16/02/2005.

¹⁹⁰MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *A influência dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos no direito interno brasileiro e a primazia da norma mais favorável como regra de hermenêutica internacional*. Op. cit., p. 95.

¹⁹¹MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 95.

significativa, a proteção que eles devem oferecer afeta, inevitavelmente, a cláusula pétrea que garante a imutabilidade desses direitos e garantias”.¹⁹²

Cabe, no entanto, a verificação da possibilidade de se declarar inconstitucional uma emenda à Constituição.

Alexandre de Moraes sustenta que a alteração constitucional deverá sempre conservar um valor integrativo, isto é, deve conservar na substancia o que determinou o constituinte originário. Assim, se qualquer limitação imposta pelo art. 60 for desrespeitada, a emenda constitucional será inconstitucional, devendo ser retirada “do ordenamento jurídico através da regras de controle de constitucionalidade, por inobservarem as limitações jurídicas estabelecidas na Carta Magna”, sendo plenamente possível o controle de constitucionalidade sobre emendas constitucionais.¹⁹³

Nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

“EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. LICENÇA-GESTANTE. SALÁRIO. LIMITAÇÃO. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998.** ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, E 60, § 4º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. (...) 5. Reiteradas as considerações feitas nos votos, então proferidos, e nessa manifestação do Ministério Público federal, **a Ação Direta de Inconstitucionalidade é julgada procedente**, em parte, para se dar, ao art. 14 da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, interpretação conforme à Constituição, excluindo-se sua aplicação ao salário da licença gestante, a que se refere o art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal. 6. Plenário. Decisão unânime.
ADI 1946 / DF - DISTRITO FEDERAL. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.** Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES.

¹⁹²MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 455.

¹⁹³MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. Op. cit., p. 588.

Julgamento: 03/04/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ DATA-16-05-2003. (grifamos)

Na mesma direção é o ensinamento de Eduardo Appio¹⁹⁴, ao explicar que as normas constitucionais têm o mesmo nível hierárquico, embora o § 4º do art. 60 da Constituição impeça ao constituinte derivado o exercício da atividade legislativa, através de Emendas, em relação as matéria, neste parágrafo, elencadas, não por se tratar de norma superior, mas para manter os “valores que conferem uma ordem lógica ontológica à Carta”. Estas normas podem ser denominadas de superconstitucionais e são o núcleo insuprimível da Constituição, colocado pelo constituinte originário como barreira ao constituinte derivado, “o que pode render ensejo à declaração de nulidade de uma emenda à constituição em face do art. 60, § 4º (limitação material)”.

Portanto, é plenamente possível a declaração de inconstitucionalidade de emendas constitucionais através do controle concentrado ou abstrato, devendo ser declarada pelo Supremo Tribunal Federal, sendo a sentença de natureza declaratória “uma vez que a nulidade *ab origine* impede a produção de efeitos jurídicos válidos”.¹⁹⁵ E ainda, “qualquer decisão, que decreta a inconstitucionalidade, deverá ter eficácia *erga omnes* (genérica) e obrigatória”¹⁹⁶ e efeito retroativo (*ex tunc*) “desfazendo, desde sua origem, o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as conseqüências dele derivadas, uma vez que os atos inconstitucionais são nulos e portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica”¹⁹⁷.

¹⁹⁴ APPIO, Eduardo. *Controle de constitucionalidade no Brasil - de acordo com a emenda à constituição 45 de 08.12.2004 (reforma do judiciário)*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 91-92.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 96.

¹⁹⁶ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 57.

¹⁹⁷ MORAES, Alexandre. Op. cit., p. 677.

Destarte, resta-nos, quanto ao presente tema, aguardar o posicionamento da jurisprudência no sentido da concretização da Constituição, porém “esse caminho apenas poderá ser trilhado se houver a recuperação do viés político da discussão e o conseqüente comprometimento do Estado Democrático de Direito com a efetivação dos direitos fundamentais”¹⁹⁸, encarando a análise dos direitos humanos “à luz de sua contemporaneidade e complexidade”¹⁹⁹.

¹⁹⁸ FACHIN, Luiz Edson. *A tutela dos direitos humanos fundamentais e a reforma do judiciário*. IN: RENAULT, Sergio Rabello Tamm; Pierpaolo Bottini. *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 239.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 239.

CONCLUSÃO

Os primeiros marcos do processo de internacionalização dos direitos humanos foram a criação do Direito Humanitário, da Liga das Nações e da Organização Internacional do Trabalho, porém ante a crueldade nazista do século XX, em especial durante a Segunda Guerra Mundial, consolidou-se o surgimento o denominado Direito Internacional de Proteção aos Direitos Humanos, não como uma espécie de direito internacional, mas como ramo autônomo a guiar as relações entre os homens.

O Brasil demonstrou sua preocupação e elevou a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos constitucionais e a prevalência dos direitos humanos como um de seus princípios, acrescentando, na Constituição Federal de 1988 duas grandes inovações:

A primeira diz respeito ao art. 5º, §2º, onde consagrou-se que a Constituição brasileira é um sistema aberto de direitos e garantias fundamentais, eis que não excluem outros direitos “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

A segunda inovação é o disposto no art. 5º, §1º, pelo qual direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata.

Assim, a interpretação conjunta/ sistemática de todos estes dispositivos, leva a conclusão de que o Constituinte Originário pretendeu proteger constitucionalmente as normas

internacionais de direitos humanos, malgrado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não concordar, ao concluir que todos os tratados, inclusive de direitos humanos, têm status de lei ordinária.

O impasse quanto ao *status* da norma de internacional de direitos humanos perdurou até a recente publicação da Emenda Constitucional 45 que, provavelmente, querendo esclarecer as dúvidas acrescentou ao art. 5º da Constituição Federal o §3º, dando as referidas normas *status* constitucional, mas para isso devendo ser aprovadas com o quorum previsto para as emendas constitucionais.

O que deveria amenizar as discussões, criou mais dúvidas, pois não criou mecanismos para os já aprovados tratados alcançarem o status reclamado e colidiu com o disposto no art. 5, §§ 1º e 2º, além de infringir a regra das cláusulas pétreas que não permite elaboração de emenda constitucional tendente a abolir direitos e garantias fundamentais..

Assim, só nos resta aclamar que seja, esse acréscimo, declarado inconstitucional, para que o constituinte derivado possa, de forma mais primorosa e pensada, acrescentar norma que vá de encontro com os reclames sociais e que dê realmente “prevalência aos direitos humanos”.

Claro é que enquanto o STF e, conseqüentemente, os Tribunais não admitirem ou adotarem “uma interpretação evolutiva e direcionada a valores, sempre com olhos na realidade sócio-política”²⁰⁰ não se encontrará soluções reais aos problemas relativos a aplicação das regras

²⁰⁰ DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos*. São Paulo: Masdras, 2004, p.177.

protetivas de direitos humanos, que continuaram sem implementação no ordenamento pátrio, apesar de eficazes em diversas partes do mundo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento. *Manual de direito internacional público*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

ALBUQUERQUE, Catarina; MARTINS, Isabel Marto. *Direito internacional humanitário*. Disponível em: <www.dhnet.org.br/direitos/sip/dih/dih1.htm>. Acesso em: 12 maio 2005.

ALVES, José Augusto Lindgren. O sistema de proteção das nações unidas aos direitos humanos e as dificuldades brasileiras. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (Ed.). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. San Jose da Costa Rica; Brasília: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996.

_____. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. Hélio Bicudo (Coord.). São Paulo: FTD, 1997.

APPIO, Eduardo. *Controle de constitucionalidade no Brasil: de acordo com a Emenda à Constituição 45 de 08.12.2004 (reforma do judiciário)*. Curitiba: Juruá, 2005

ARAÚJO, Nadia de; Inês da Matta Andreiuolo. A internalização dos tratados no Brasil e os direitos humanos. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAÚJO, Nadia de (Org.). *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988-1989.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

_____. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. v. 1.

_____. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. (Ed.). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. San Jose da Costa Rica; Brasília: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996.

_____. *Princípios do direito internacional contemporâneo*. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

_____. *A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileira*. San José de Costa Rica; Brasília: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1992.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

COSTA JÚNIOR, Dijosete Veríssimo da. *Tribunal de Nuremberg*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/nuremberg1.htm>>. Acesso em: 01 abr. 2005.

COSTA, Aldo de Campos. *Reforma gera tumulto em tratados internacionais*. Disponível em: <<http://conjur.uol.com.br/textos/252237/>>. Acesso em: 07 mar. 2005.

DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. *Constituição e tratados internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Tratados internacionais na emenda constitucional 45. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. (Org.). *Reforma do judiciário*. São Paulo: Método, 2005.

DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos*. São Paulo: Masdras, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. A tutela dos direitos humanos fundamentais e a reforma do judiciário. In: RENAULT, Sérgio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo. *Reforma do judiciário*. São Paulo: Saraiva, 2005.

FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FRANCISCO, José Carlos. Bloco de constitucionalidade e recepção dos tratados. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. (Org.). *Reforma do judiciário*. São Paulo: Método, 2005.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GEBRAN NETO, João Pedro. *A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia das Letras, 1998.

LONGO, Ana Carolina Figueiró; BRAYNER, Antônio de Arruda; PEREIRA, Arthur Cesar de Moura. *Antecedentes históricos e jurídicos dos direitos humanos*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/oficinas/dhparaiba/1/antecedentes.html#5>>. Acesso em: 12 maio 2005.

LOPES, Ansemlo Henrique Cordeiro. *A força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos e a Emenda Constitucional nº 45/2004*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6157>>. Acesso em: 31 jan. 2005.

LOUREIRO, Silva Maria de Silveira. *Tratados internacionais sobre direito humanos na Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiologia da Constituição*. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos, Constituição e tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do Tratado na ordem jurídica brasileira*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____. *Tratados internacionais: com comentários à Convenção de Viena de 1969*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

_____. A influência dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos no direito interno brasileiro e a primazia da norma mais favorável como regra de hermenêutica internacional. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, n. 53, jun. 2000.

_____. A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 3, n. 147, jul./set. 2000.

_____. *Direitos humanos provenientes de tratados: exegese dos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição de 1988*. **Revista Jurídica**, São Paulo, v. 48, n. 278, dez. 2000.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O poder de celebrar tratados*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1995.

MELLO, Celso de Albuquerque. 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*. 14 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. v.1.

_____. A implementação do direito internacional humanitário pelo direito brasileiro. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. (Ed.). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. San Jose da Costa Rica; Brasília: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996.

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

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1998. t. iv.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. *Direitos humanos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

OLIVEIRA, Almir de. *Curso de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PEREIRA, Antônio Celso Alves. Acesso à justiça e a adequação da legislação brasileira aos instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. (Ed.). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. San Jose da Costa Rica; Brasília: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de direito internacional público*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

PINTO, Ricardo da Costa. Breves notas sobre a proteção dos direitos humanos e o Brasil. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. (Ed.). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. San Jose da Costa Rica; Brasília: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAÚJO, Nadia de. (Org.). *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo, n. 51/52, jan./dez, 1999.

_____. Reforma do judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. (Org.). *Reforma do judiciário*. São Paulo: Método, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SGARBOSSA, Luis Fernando. *A Emenda Constitucional n° 45/04 e o novo regime jurídico dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6272>>. Acesso em: 16 fev. 2005.

SILVA, Dicken William Lemes. Primazia dos direitos humanos e hermenêutica constitucional na incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos. **Revista da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**. Brasília, ano 9, v. 18, jul./dez. 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, Marcelo Guimarães da Rocha e. *Direitos humanos no Brasil e no mundo*. São Paulo: Método, 2002.

SUSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de direito do trabalho*. 20. ed. São Paulo: LTr, 2002.

VALLE, Gabriel. *Filosofia e direito*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

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