

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

RENÉ ZAMLUTTI JÚNIOR

**A HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS
HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2011

RENÉ ZAMLUTTI JÚNIOR

**A HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS
HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito do Estado, área de concentração Direito Constitucional, sob a orientação do Professor Doutor Marcelo Figueiredo.

SÃO PAULO

2011

Banca examinadora:

RESUMO

O trabalho busca analisar, à luz da nova feição que as Constituições vieram a adotar a partir da segunda metade do século XX, e do constitucionalismo daí decorrente, a forma pela qual o ordenamento jurídico brasileiro recepciona os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos.

Para tanto, procurar-se-á, em primeiro lugar, demonstrar como os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana tornaram-se o centro das constituições dos Estados democráticos de direito ocidentais, como consequência dos fatos apurados ao término da Segunda Guerra Mundial. A seguir, será analisado o fenômeno de internacionalização da proteção dos direitos fundamentais. Finalmente, será apresentado o caminho que as Constituições brasileiras seguiram no trato com os tratados internacionais de direitos humanos, bem como a possibilidade de antinomias entre a legislação interna e a legislação internacional, as soluções que a doutrina brasileira e o Poder Judiciário, notadamente o Supremo Tribunal Federal, apresentaram ao longo do tempo para tais questões, e a análise acerca da correção de tais soluções. Finalmente, buscar-se-á apontar uma exegese das normas constitucionais brasileiras que leve à maior proteção possível dos direitos humanos, por meio de uma interpretação sistemática da Constituição.

Palavras-chave:

Direito; Constituição; Direitos Humanos; Tratados Internacionais; Conflitos e Soluções Possíveis.

ABSTRACT

The study aims to examine, in light of the new feature that came to adopt the Constitutions from the second half of the twentieth century, and constitutionalism that would result, the way the Brazilian legal system receives the international treaties that deal with human rights.

For this, it will seek, first, to demonstrate how fundamental rights and human dignity became the center of the constitutions of democratic states of Western law, as a consequence of the facts found by the end of World War II. The following will analyze the phenomenon of internationalization of the protection of fundamental rights. Finally, it will be presented the way that Brazilian Constitutions followed in dealing with international treaties on human rights as well as the possibility of contradictions between domestic legislation and international law, the remedies that Brazilian doctrine and the Judiciary, especially the Brazilian Supreme Court, presented to over time to such issues, and analysis about the correctness of such solutions. Finally, it will be sought to point a constitutional exegesis Brazilian light the greatest possible protection of human rights, through a systematic interpretation of the Constitution.

Key-words:

Law; Constitution; Human Rights; International Treaties; Conflicts and Possible Solutions.

SUMÁRIO

1. Introdução.....	9
2. Direitos fundamentais e direitos humanos.....	13
3. Os direitos humanos e seu caráter universal.....	18
3.1. A elaboração do conceito de pessoa humana.....	18
3.2. Os fundamentos dos direitos humanos.....	26
3.3. A positivação dos direitos humanos.....	33
3.3.1. <i>Magna Charta Libertatum</i> (1215).....	35
3.3.2. Lei do <i>Habeas Corpus</i> (1679).....	36
3.3.3. Declaração de Direitos – <i>Bill of Rights</i> (1689).....	37
3.3.4. Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (1776).....	38
3.3.5. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).....	38
3.3.6. Constituição Francesa de 1848.....	39
3.3.7. Convenção de Genebra (1864).....	39
3.3.8. Constituição Mexicana de 1917.....	40
3.3.9. Constituição de Weimar (1919).....	40
3.3.10. Carta das Nações Unidas (1945).....	41
3.3.11. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).....	43
3.3.12. Os Pactos Internacionais de Direitos Humanos de 1966.....	47
3.3.13. A Convenção Americana de Direitos Humanos (1969).....	48
3.4. Uma concepção contemporânea de direitos humanos e suas características.....	49
4. A internacionalização da proteção dos direitos humanos.....	53
4.1. O sistema global de proteção.....	60
4.2. Os sistemas regionais de proteção.....	65
4.2.1. Sistema europeu.....	66
4.2.2. Sistema interamericano.....	69
4.2.3. Sistema africano.....	72
4.3. Relativismo e universalismo culturais.....	75

5. A relação entre as normas internas e as normas internacionais.....	86
5.1. Monismo e dualismo.....	87
5.2. Antinomias entre o direito internacional e o direito interno.....	94
5.3. O controle de convencionalidade das leis.....	105
6. Um novo constitucionalismo.....	113
6.1. A Constituição enquanto norma.....	113
6.1.1. A controvérsia Lassale – Hesse.....	113
6.1.2. A crise do Liberalismo e o surgimento do Estado Social.....	118
6.1.3. A desconstrução e a reconstrução da ideia positivista.....	121
6.1.4. O neoconstitucionalismo.....	122
7. O Supremo Tribunal Federal e a Constituição Federal de 1988.....	125
7.1. Breve nota histórica.....	125
7.2. A redemocratização e a Constituição de 1988.....	130
7.3. O Supremo Tribunal Federal hoje.....	132
8. O Brasil e os tratados internacionais de direitos humanos.....	138
8.1. O Brasil e os tratados internacionais.....	139
8.2. Os direitos humanos na Constituição de 1988.....	153
8.2.1. O art. 5º da Constituição de 1988 e seus parágrafos.....	158
8.2.2. O posicionamento do Supremo Tribunal Federal.....	177
8.2.3. Direito comparado.....	190
9. Análise crítica da questão, à luz da realidade brasileira.....	198
9.1. A teoria do “diálogo de transigência” e o argumento <i>pro homine</i>	198
9.2. A teoria da força supraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos.....	201
9.3. A teoria do <i>status</i> constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos.....	201
9.4. A teoria da hierarquia supralegal, mas infraconstitucional, dos tratados internacionais de direitos humanos.....	208
9.5. A teoria da equivalência hierárquica entre tratados internacionais de direitos humanos e leis ordinárias.....	214

9.6. Uma possível solução.....	216
10. Conclusões.....	227
11. Bibliografia.....	231

1. Introdução

O término da Segunda Guerra Mundial, em 1945, constitui o marco histórico de mudanças radicais de paradigmas confrontadas pela quase totalidade das ciências humanas e sociais. No momento em que a comunidade global tomou conhecimento da amplitude da barbárie nazista, tornou-se necessária uma reavaliação de inúmeras certezas consolidadas há décadas nos mais diversos campos do conhecimento. Sendo o Direito uma ciência inequivocamente humana, voltada à aplicação na realidade social (e, sob certos aspectos, voltada também à sua conformação), é evidente que os trágicos eventos então apurados implicariam consequências profundas em seu desenvolvimento.

Duas delas são tanto mais evidentes quanto mais relevantes, na medida em que atingiram a ciência jurídica em sua essência: a superação de um positivismo jurídico apartado de qualquer fundamento ético (o que, em última análise, justificou “legalmente” os horrores praticados nos campos de concentração) e o deslocamento da temática dos direitos fundamentais para o centro do sistema jurídico – como decorrência da constatação, mundialmente aceita, de que nenhuma ordem jurídica poderia negar aos indivíduos determinados direitos, os quais decorreriam de sua natureza humana. A centralidade dos direitos fundamentais, desse modo, tornou a dignidade da pessoa humana princípio vetor a nortear a interpretação do sistema jurídico como um todo.

A superação do positivismo jurídico (em seu sentido tradicional) levou à reformulação dos princípios que norteavam as ordens constitucionais então vigentes, circunstância que acarretou relevantes consequências para o direito constitucional. Como corolário, emergiu o que pode ser chamado de um novo constitucionalismo, o qual, sem se desprender completamente dos postulados positivistas, passou a buscar uma reaproximação entre o Direito e os valores éticos – o que, evidentemente, teve impacto na elaboração das Constituições posteriores a esse período, impacto verificado ainda hoje.

A consolidação da proteção dos direitos fundamentais e a construção teórica que levou ao reconhecimento de sua universalidade, somados à amplitude das consequências decorrentes de uma guerra que atingiu proporções planetárias, fizeram com que, além do fortalecimento da defesa de tais direitos no âmbito interno dos Estados, a comunidade global reconhecesse a necessidade de proteger os aludidos direitos para além das fronteiras dos países, sendo necessária a criação de um sistema internacional de proteção.

Implementou-se assim um sistema de proteção dos direitos humanos que ultrapassou os limites geográficos existentes entre as nações, com a criação de diversos organismos internacionais e mecanismos – globais e regionais – de defesa. A adesão da comunidade global a tal sistema gerou a necessidade de repensar o caráter absoluto do conceito de soberania – até então consagrado universalmente. A evolução do sistema levou ainda a uma profunda mudança nas relações internacionais, nas quais o indivíduo passou a ser reconhecido como sujeito de direitos (corolário da superação da ideia de que apenas os Estados e as organizações internacionais poderiam gozar de tal atributo).

O Brasil não restou imune às transformações pelas quais o mundo passou ao término da guerra. Assim, as Constituições brasileiras subsequentes ao aludido momento histórico sofreram a influência das circunstâncias apontadas, e as ordens constitucionais instauradas a partir de então (1946, 1967-1969 e 1988) apresentaram reflexos do impacto de tais mudanças.

No entanto, o regime de exceção oriundo do golpe militar de 1964, que levou o Brasil a uma ditadura que se estendeu por mais de vinte anos, restringiu as mencionadas transformações aos textos constitucionais, sem transposição dos dispositivos para a realidade, durante muito tempo.

Com a redemocratização e a promulgação da Constituição Federal de 1988, abriu-se uma nova página na história dos direitos fundamentais no Brasil e, por conseguinte, também na esfera da internacionalização da proteção de tais direitos. Transcorridos mais de vinte anos desde então, a proteção aos direitos fundamentais no Brasil evoluiu significativamente, inclusive no que tange à sua

internacionalização, tendo em vista a assinatura e a ratificação, pelo Brasil, de diversos tratados internacionais visando à proteção dos direitos humanos.

No entanto – e como era inevitável – a incorporação de uma série de tratados internacionais gerou conflitos entre a legislação interna brasileira e a legislação internacional.

Embora tais conflitos não sejam novidade na realidade jurídica brasileira, tendo em vista o lugar de proeminência que os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana passaram a ocupar no ordenamento jurídico pátrio, somado ao fato de que conflitos surgiram especificamente em relação a tratados de proteção de direitos humanos, e ainda, tendo em vista o “novo constitucionalismo” mencionado anteriormente (que levou a uma nova forma de interpretação constitucional mais sofisticada que as formas consagradas por Savigny e que podem levar a resultados distintos), não resta dúvida de que esses conflitos representaram um novo tipo de desafio para os intérpretes do Direito pátrio, notadamente para o Judiciário e em especial para o Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe proteger a Constituição Federal e lhe dar interpretação adequada.¹

Após a análise dos fatores brevemente elencados nesta introdução, bem como das formas pelas quais o ordenamento jurídico brasileiro interage com a ordem jurídica internacional, mormente no que tange aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, o objetivo deste trabalho é buscar a melhor exegese possível para as normas que, presentes no ordenamento jurídico brasileiro, regulam o modo pelo qual tais tratados ingressam no Direito brasileiro. Em suma, procura-se uma interpretação que proteja da forma mais ampla possível os direitos humanos na realidade brasileira.

Para tanto, serão analisadas as posições assumidas pelo Supremo Tribunal Federal ao longo do tempo e, principalmente, o atual entendimento do Pretório

¹ Interpretação adequada que, à toda evidência, não se confunde com interpretação “definitiva”, tendo em vista a mutabilidade do texto constitucional para se adequar às transformações da realidade, adequação esta que, em última análise, também constitui missão do Supremo Tribunal Federal.

Excelso acerca do tema, entendimento este consolidado em 2006, no bojo do Recurso Extraordinário n. 466.343/SP. Essa análise não olvidará a prospecção das eventuais consequências da postura assumida pelo Supremo Tribunal Federal e de um estudo crítico em torno da correção ou incorreção dos parâmetros ora vigentes.

A relevância do estudo das questões apontadas decorre do fato de que a fundamentalidade dos direitos em tela, decorrente da dignidade da pessoa humana, bem como a centralidade destes no ordenamento jurídico, tornam qualquer conduta estatal dependente da conformidade com os dispositivos (notadamente os constitucionais) concernentes ao tema em estudo. Destarte, o ente público, em qualquer de suas esferas, há de pautar sua conduta – tanto em sede interna quanto em âmbito internacional – em observância aos preceitos constitucionais em questão e à interpretação que o Pretório Excelso lhes atribui.

Ressalte-se ainda que há um longo caminho a percorrer no sentido da efetiva concretização dos preceitos constitucionais atinentes aos direitos fundamentais e à sua interpretação, tanto na ordem interna quanto na esfera internacional. É certo que incontáveis avanços já foram conquistados desde a promulgação da Constituição de 1988. A despeito disso, contudo, é inegável que entre o que já se alcançou e o que preconiza (de forma cogente) a Constituição de 1988, há ainda um hiato descomunal.

Muitos direitos fundamentais (de forma mais evidente, aqueles de natureza social e econômica) ainda carecem de efetivação. Incumbe à sociedade como um todo, mas principalmente aos operadores do direito, envidar todos os esforços possíveis para que os preceitos insculpidos na Carta de 1988 deixem de ser aspirações e se tornem realidade.

2. Direitos fundamentais e direitos humanos

Como premissa do estudo a ser desenvolvido, releva apontar a distinção entre as expressões *direitos fundamentais* e *direitos humanos*.

Embora o objetivo do presente estudo tenha por foco os tratados internacionais de direitos humanos e sua relação com o ordenamento jurídico brasileiro, não resta dúvida de que não é possível tratar de direitos humanos sem abordar a temática dos direitos fundamentais.

Cumprido reconhecer, antes de mais nada, que existe uma equivalência material no que tange ao conteúdo dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, porquanto em ambos os casos a definição de tais direitos tem por tônica a dignidade da pessoa humana. Tal não significa, contudo, que as expressões necessariamente são sinônimas.

Trata-se, evidentemente, de expressões polissêmicas, de modo que sua definição – bem como a possibilidade de distinção entre elas – constitui, antes de mais nada, uma escolha metodológica. Acresça-se que a própria Constituição Federal de 1988 usa as duas expressões indistintamente, sem esclarecer-lhes o conteúdo. Desse modo, antes de proceder à análise que se segue, é importante delimitar os termos a serem utilizados.

Portanto, o reconhecimento da existência ou inexistência de distinção entre as expressões *direitos humanos* e *direitos fundamentais*, assim como os parâmetros de tal distinção, varia de acordo com a opção metodológica adotada. Nesse sentido, esclarece Fábio Konder Comparato:

A doutrina jurídica alemã contemporânea distingue, nitidamente, os direitos humanos dos direitos fundamentais. Estes últimos são os direitos que, consagrados na Constituição, representam as bases éticas do sistema jurídico nacional, ainda que não possam ser reconhecidos, pela consciência jurídica universal, como exigências indispensáveis de preservação da dignidade humana. Daí por que os direitos humanos autênticos existem, independentemente de seu reconhecimento na ordem jurídica estatal, e mesmo contra ela, ao passo que alguns direitos, qualificados como fundamentais na

Constituição de um país, podem não ter a vigência universal, própria dos direitos humanos.²

Em que pese a relevância e a utilidade da classificação apontada por Comparato, impõe-se reconhecer que ela não é a única, como anteriormente mencionado.

A opção terminológica do presente trabalho coincide com a de Ingo Wolfgang Sarlet, que, sobre o tema, assim se manifesta:³

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). A consideração de que o termo “direitos humanos” pode ser equiparado ao de “direitos naturais” não nos parece correta, uma vez que a própria positivação em normas de direito internacional, de acordo com a lúcida lição de Bobbio, já revelou, de forma incontestável, a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos, que assim se desprenderam – ao menos em parte (mesmo para os defensores de um jusnaturalismo) da ideia de um direito natural. Todavia, não devemos esquecer que, na sua vertente histórica, os direitos humanos (internacionais) e fundamentais (constitucionais) radicam no reconhecimento, pelo direito positivo, de uma série de direitos naturais do homem, que, nesse sentido, assumem uma dimensão pré-estatal e, para alguns, até mesmo supraestatal. Cuida-se, sem dúvida, igualmente de direitos humanos – considerados como tais aqueles outorgados a todos os homens pela sua mera condição humana –, mas, nesse caso, de direitos não positivados.

Portanto, de acordo com a terminologia ora adotada, a expressão *direitos fundamentais* concerne à seara da positivação constitucional e, por conseguinte, do âmbito interno dos Estados. Já a expressão *direitos humanos* corresponde àqueles

² COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 176.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 29.

direitos reconhecidos e protegidos em âmbito internacional como pertencentes a cada indivíduo da espécie humana, pelo só fato de sua humanidade.

Acresce notar que o mencionado autor faz ainda menção à expressão – igualmente usada com frequência pela doutrina – *direitos do homem*, entendendo-a como relativa a direitos inerentes à condição humana e dela decorrentes, conquanto ainda não positivados.

Perez Luño, por seu turno, traça a seguinte distinção:

Os termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais” são utilizados, muitas vezes, como sinônimos. Com efeito, não faltaram tentativas doutrinárias voltadas a explicar o respectivo alcance de ambas expressões. Assim, tem-se insistido na propensão doutrinária e normativa a reservar o termo “direitos fundamentais” para designar os direitos positivados em nível interno, enquanto que a fórmula “direitos humanos” seria mais usual para determinar os direitos naturais positivados nas declarações e convenções internacionais, bem como aquelas exigências básicas relacionadas à dignidade, liberdade e igualdade da pessoa, que não tenham alcançado um estatuto jurídico positivo.⁴

Verifica-se que, para Perez Luño, o conceito de *direitos humanos* aspira a uma maior universalidade, e, por conseguinte, a uma amplitude maior que a ideia de *direitos fundamentais*, o que é confirmado pelo próprio autor:

Nos usos linguísticos jurídicos, políticos e inclusive comuns de nosso tempo, o termo “direitos humanos” aparece como um conceito de contornos mais amplos e imprecisos do que a noção dos “direitos fundamentais”. Os *direitos humanos* costumam ser entendidos como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional. Enquanto que com a noção de *direitos fundamentais* se tende a aludir àqueles direitos garantidos pelo ordenamento jurídico positivo,

⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*, p. 44. No original: “Los términos ‘derechos humanos’ y ‘derechos fundamentales’ son utilizados, muchas veces, como sinónimos. Sin embargo, no han faltado tentativas doctrinales encaminadas a explicar el respectivo alcance de ambas expresiones. Así, se há hecho hincapié em la propensión doctrinal y normativa a reservar el término ‘derechos fundamentales’ para designar los derechos positivados a nivel interno, en tanto que la fórmula ‘derechos humanos’ sería la más usual para denominar los derechos naturales positivados en las declaraciones e convenciones internacionales, así como a aquellas exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de la persona que no han alcanzado un estatuto jurídico-positivo.”

na maior parte dos casos em sua normativa constitucional, e que costumam gozar de uma tutela reforçada.

Os direitos humanos reúnem, a sua significação descritiva daqueles direitos e liberdades reconhecidos nas declarações e convenções internacionais, uma conotação prescritiva ou deontológica, a abarcar também aquelas exigências mais radicalmente vinculadas ao sistema de necessidades humanas, e que, *devido* ser objeto de positivação, não o foram. Os direitos fundamentais possuem um sentido mais preciso e estrito, já que somente descrevem o conjunto de direitos e liberdades jurídica e institucionalmente garantidos pelo Direito positivo. Trata-se sempre, portanto, de direitos delimitados espacial e territorialmente, cuja denominação corresponde a seu caráter *básico* ou *fundamentador* do sistema político do Estado de Direito.⁵

Ingo Wolfgang Sarlet faz referência ao magistério de Perez Luño, nos seguintes termos:⁶

Neste contexto, de acordo com o ensinamento do conceituado jurista hispânico Perez Luño, o critério mais adequado para determinar a diferenciação entre ambas as categorias é o da concreção positiva, uma vez que o termo “direitos humanos” se revelou conceito de contornos mais amplos e imprecisos que a noção de direitos fundamentais, de tal sorte que estes possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito.

⁵ Idem, p. 46-7. No original: “*En los usos lingüísticos jurídicos, políticos e incluso comunes de nuestro tiempo, el término ‘derechos humanos’ aparece como un concepto de contornos más amplios e imprecisos que la noción de los ‘derechos fundamentales’. Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de los derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, em la mayor parte de los casos em su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada.*”

Los derechos humanos aúnam, a su significación descriptiva de aquellos derechos y libertades reconocidos em las declaraciones y convenios internacionales, una connotación prescriptiva o deontológica, al abarcar también aquellas exigencias más radicalmente vinculadas al sistema de necesidades humanas, y que debiendo ser objeto de positivación no lo han sido. Los derechos fundamentales poseen un sentido más preciso y estricto, ya que tan sólo describen el conjunto de derechos y libertades jurídica e institucionalmente reconocidos y garantizados por el Derecho positivo. Se trata siempre, por tanto, de derechos delimitados espacial y temporalmente, cuya denominación responde a su carácter básico o fundamentador del sistema jurídico político del Estado de Derecho”.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 31.

Assim, ao menos diante da opção terminológica adotada no presente estudo, há de se reconhecer a diferença existente entre as expressões *direitos fundamentais* e *direitos humanos*, o que, obviamente, não implica deixar de reconhecer a profunda relação entre elas, advinda da identidade material de seus objetos, como demonstrado.

Estabelecida tal distinção, insta passar à análise do processo de internacionalização dos direitos humanos, como premissa do estudo acerca da posição hierárquica dos tratados internacionais que versam sobre tais direitos no ordenamento jurídico brasileiro.

3. Os direitos humanos e seu caráter universal

Como visto, há íntima relação entre as temáticas dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, na medida em que, para grande parte da doutrina, as duas categorias têm conteúdo material similar, com esteio, em ambos os casos, no princípio da dignidade da pessoa humana como valor basilar e pressuposto hermenêutico. A diferença entre as expressões residiria no âmbito de sua incidência, concernindo às ordens jurídicas internas, no caso da expressão *direitos fundamentais*, e à ordem jurídica internacional, no caso da expressão *direitos humanos*.

Contudo, se é fato que o reconhecimento dos direitos humanos depende, antes de mais nada, de uma concepção específica acerca do que é *ser humano*, do que vem a ser a natureza humana, não se pode negar que a elaboração do conceito de pessoa, o reconhecimento de direitos ínsitos àqueles que gozam de tal *status* e, finalmente, a compreensão da necessidade da internacionalização da proteção desses direitos, consubstanciam momentos históricos distintos.

3.1. A elaboração do conceito de pessoa humana

A defesa de direitos inerentes à natureza humana não é nova, ainda que a internacionalização de sua proteção o seja. Fábio Konder Comparato identifica no chamado período axial, cujo início remonta ao século VIII a.C., as manifestações iniciais que levariam à concepção de direitos que o ser humano possuiria pelo só fato de sua humanidade:

Em suma, é a partir do período axial que, pela primeira vez na História, o ser humano passa a ser considerado, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes.⁷

⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 11.

Comparato esclarece ainda que

essa convicção de que todos os seres humanos têm direitos a serem igualmente respeitados, pelo simples fato de sua humanidade, nasce vinculada a uma instituição social de capital importância: a lei escrita, como regra geral e uniforme, igualmente aplicável a todos os indivíduos que vivem numa sociedade organizada.⁸

Evidentemente, tais primórdios não correspondiam à ideia de direitos humanos a que se chegou com o passar dos séculos, uma vez que a própria qualificação de titulares de direitos, por muito tempo, levou em consideração o *status* do indivíduo no seio da sociedade.

Nem mesmo o advento do cristianismo, com seus ideais de igualdade espiritual entre os homens, foi suficiente para superar essas distinções dentro da própria natureza humana, pois, como reconhece Comparato,

essa igualdade universal dos filhos de Deus só valia, efetivamente, no plano sobrenatural, pois o cristianismo continuou admitindo, durante muitos séculos, a legitimidade da escravidão, a inferioridade natural da mulher em relação ao homem, bem como a dos povos americanos, africanos e asiáticos colonizados, em relação aos colonizadores europeus. Ao se iniciar a colonização moderna com a descoberta da América, grande número de teólogos sustentou que os indígenas não podiam ser considerados iguais em dignidade ao homem branco.

É inegável, no entanto, que

a mensagem evangélica postulava, no plano divino, uma igualdade de todos os seres humanos, apesar de suas múltiplas diferenças individuais e grupais. Competia, portanto, aos teólogos aprofundar a ideia de uma natureza comum a todos os homens, o que acabou sendo feito a partir dos conceitos desenvolvidos pela filosofia grega.⁹

⁸ Idem, p. 12.

⁹ Ibidem, p. 18.

Comparato, nesse sentido, elenca cinco etapas pelas quais passa a elaboração do conceito de pessoa, conceito este indispensável à consolidação da ideia de direitos decorrentes da natureza humana.¹⁰

A primeira etapa tem início no período axial e com o desenvolvimento do cristianismo como já mencionado. A segunda etapa se inicia na Idade Média, sob a influência dos escritos de Boécio, no início do século VI, cujos conceitos foram incorporados por Santo Tomás de Aquino. Segundo Comparato,

Foi, de qualquer forma, sobre a concepção medieval de pessoa que se iniciou a elaboração do princípio da igualdade essencial de todo ser humano, não obstante a ocorrência de todas as diferenças individuais ou grupais, de ordem biológica ou cultural. E é essa igualdade de essência da pessoa que forma o núcleo do conceito universal de direitos humanos. A expressão não é pleonástica, pois que se trata de direitos comuns a toda a espécie humana, a todo homem enquanto homem, os quais, portanto, resultam da sua própria natureza, não sendo meras criações políticas.

Desse fundamento, igual para todos os homens, os escolásticos e canonistas medievais tiraram a conclusão lógica de que todas as leis contrárias ao direito natural não teriam vigência ou força jurídica; ou seja, lançaram-se as bases de um juízo de constitucionalidade *avant la lettre*.¹¹

A “terceira fase na elaboração teórica do conceito de pessoa, como sujeito de direitos universais, anteriores e superiores, por conseguinte, a toda ordenação estatal, adveio com a filosofia kantiana”.¹²

Kant consagra a ideia – posteriormente retomada por Hannah Arendt nas obras *As origens do totalitarismo* e *Eichmann em Jerusalém*, notadamente à luz dos fatos perpetrados pela barbárie nazista – de que todo ser racional (e, portanto, todo ser humano) existe como um fim em si mesmo, não podendo ser utilizado como mero meio de outra vontade. Kant distingue as *coisas*, que teriam sempre um valor relativo (às quais é possível, por consequência, atribuir um preço), das *pessoas*, que possuem valor absoluto (na medida em que a individualidade ínsita a cada ser

¹⁰ Ibidem, p. 11-26.

¹¹ Ibidem, p. 20.

¹² Ibidem, p. 20.

humano inviabiliza sua substituição por qualquer outra coisa), tendo, assim, ao invés de um *preço*, uma *dignidade* inerente à sua própria natureza:

Ora, eu digo: o homem – e de modo geral todo ser racional – *existe* como fim em si mesmo, não meramente como meio à disposição desta ou daquela vontade para ser usado a seu bel-prazer, mas tem de ser considerado em todas as suas ações, tanto as dirigidas a si mesmo quanto a outros, sempre *ao mesmo tempo como fim*. Todos os objetos das inclinações têm um valor condicional apenas; pois, se não fossem as inclinações e as necessidades nelas fundadas, o seu objeto seria sem valor. As inclinações elas próprias, porém, enquanto fontes da necessidade, têm tão pouco um valor absoluto para que as desejemos elas mesmas que, antes pelo contrário, ficar inteiramente livre disso tem de ser o desejo universal de todo ser racional. Portanto, o valor de todos os objetos a serem obtidos por nossas ações é sempre condicional. Os seres cuja existência não se baseia, é verdade, em nossa vontade, mas na natureza, têm, no entanto, se eles são seres desprovidos de razão, apenas um valor relativo, enquanto meios, e por isso chamam-se *coisas*; ao contrário, os seres racionais denominam-se *pessoas*, porque sua natureza já os assinala como fins em si mesmos, isto é, como algo que não pode ser usado meramente como meio, por conseguinte como algo que restringe nessa medida todo arbítrio (e é um objeto do respeito). Estes, portanto, não são fins meramente subjetivos, cuja existência tem um valor *para nós* enquanto efeito de nossa ação; mas *fins objetivos*, isto é, coisas cuja existência é em si mesma fim e, na verdade, um fim tal que não se pode pôr em seu lugar nenhum outro fim, ao serviço do qual deveria estar como *meros* meios, porque, sem isso, não se encontraria absolutamente nada de *valor absoluto* em parte alguma.¹³

Kant afirma, portanto, que é a *natureza* dos seres humanos que “já os assinala como fins em si mesmos”:

Portanto, se houver um princípio prático supremo e, com respeito à vontade humana, um imperativo categórico, ele tem de ser tal que faça da representação daquilo que é necessariamente fim para todos, porque é *fim em si mesmo*, um *princípio objetivo* da vontade que pode, por conseguinte, servir de lei prática universal. O fundamento desse princípio é: a natureza racional existe como um fim em si. [...] O imperativo prático será, portanto, o seguinte: *Age de tal maneira que tomes a humanidade, tanto em tua pessoa, quanto na pessoa de qualquer outro, sempre ao mesmo tempo como um fim, nunca meramente como meio.*¹⁴

¹³ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 241.

¹⁴ Idem, p. 243-5.

De tal distinção exsurge a diferença entre *preço* e *dignidade*, atribuindo esta última característica apenas à humanidade:

No reino dos fins tudo tem ou bem um *preço* ou bem uma *dignidade*. O que tem preço, em seu lugar também se pode pôr outra coisa, enquanto *equivalente*; mas o que se eleva acima de todo preço, não permitindo, por conseguinte, qualquer equivalente, tem uma dignidade.

O que se relaciona com as inclinações e as necessidades humanas em geral tem um *preço de mercado*; o que, mesmo sem pressupor uma necessidade, é conforme a um certo gosto, isto é, um comprazimento com o mero jogo sem visar fins das forças de nosso ânimo, um *preço afetivo*; mas o que constitui a condição sob a qual apenas algo pode ser um fim em si não tem meramente um valor relativo, isto é, um preço, mas um valor intrínseco, isto é, *dignidade*.

Ora, a moralidade é a única condição sob a qual um ser racional pode ser fim em si mesmo; porque só através dela é possível ser um membro legislante no reino dos fins. Portanto, a moralidade e a humanidade, na medida em que ela é capaz da mesma, é a única coisa que tem dignidade.¹⁵

Assim, a se adotar a ética kantiana, a escravidão seria por definição uma violação à dignidade humana. Infelizmente, o século XX trouxe os mais extremos exemplos de despersonalização do ser humano que a história jamais testemunhou. O imperativo prático kantiano de “tomar a humanidade, tanto na sua pessoa, quanto na de qualquer outro, sempre como fim e nunca como meio” foi, em muitos momentos ao longo da história, indiscutivelmente ignorado e desprezado. Nesse tocante, observa Comparato:¹⁶

A criação do universo concentracionário, no século XX, veio demonstrar tragicamente a justeza da visão ética kantiana. Antes de serem instituições penais ou fábricas de cadáveres, o *Gulag* soviético e o *Lager* nazista foram gigantescas máquinas de despersonalização de seres humanos. Ao dar entrada num campo de concentração nazista, o prisioneiro não perdia apenas a liberdade e a comunicação com o mundo exterior. Não era, tão só, despojado de todos os seus haveres: as roupas, os objetos pessoais, os cabelos, as próteses dentárias. Ele era, sobretudo, esvaziado do seu próprio ser, da sua personalidade, com a substituição altamente simbólica do nome por um número, frequentemente gravado no corpo, como se fora a marca da

¹⁵ Ibidem, p. 265.

¹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 23.

propriedade de um gado. O prisioneiro já não se reconhecia como ser humano, dotado de razão e sentimentos: todas as suas energias concentravam-se na luta contra a fome, a dor e a exaustão. E, nesse esforço puramente animal, tudo era permitido: o furto da comida dos outros prisioneiros, a delação, prostituição, a bajulação sórdida, o pisoteamento dos mais fracos.

Acrescenta o citado autor que:

a afirmação por Kant do valor relativo das coisas, em contraposição ao valor absoluto da dignidade humana, já prenunciava a quarta etapa histórica na elaboração do conceito de pessoa, a saber, a descoberta do mundo dos valores, com a conseqüente transformação dos fundamentos da ética.¹⁷

Salienta ainda que:

a quarta etapa na compreensão da pessoa consistiu no reconhecimento de que o homem é o único ser vivo que dirige a sua vida em função de preferências valorativas. Ou seja, a pessoa humana é, ao mesmo tempo, o legislador universal, em função dos valores éticos que aprecia, e o sujeito que se submete voluntariamente a essas normas valorativas.¹⁸

Comparato não deixa de atentar para as conseqüências jurídicas dessa evolução do conceito de pessoa:

A compreensão da realidade axiológica transformou, como não poderia deixar de ser, toda a teoria jurídica. Os direitos humanos foram identificados com os valores mais importantes da convivência humana, aqueles sem os quais as sociedades acabam perecendo, fatalmente, por um processo irreversível de desagregação.

Por outro lado, o conjunto dos direitos humanos forma um sistema, correspondente à hierarquia de valores prevalecente no meio social: mas essa hierarquia axiológica nem sempre coincide com a consagrada no ordenamento positivo. Há sempre uma tensão dialética entre a consciência jurídica da coletividade e as normas editadas pelo Estado.

Em qualquer hipótese, no interior de cada sistema jurídico essa organização hierárquica dos direitos humanos impõe, para a

¹⁷ Ibidem, p. 24.

¹⁸ Ibidem, p. 26.

solução de litígios, a exigência de um juízo axiológico ponderado, em função das circunstâncias do caso concreto.¹⁹

Finalmente, “a quinta e última etapa na elaboração do conceito de pessoa abriu-se no século XX, com a filosofia da vida e o pensamento existencialista”, salientando o autor que:

a reflexão filosófica da primeira metade do século XX acentuou o caráter único e, por isso mesmo, inigualável e irreprodutível da personalidade individual. Confirmando a visão da filosofia estoica, reconheceu-se que a essência da personalidade humana não se confunde com a função ou papel que cada qual exerce na vida. A pessoa não é personagem. A chamada qualificação pessoal (estado civil, nacionalidade, profissão, domicílio) é mera exterioridade, que nada diz da essência própria do indivíduo. Cada qual possui uma identidade singular, inconfundível com a de outro qualquer. Por isso, ninguém pode experimentar, existencialmente, a vida ou a morte de outrem: são realidades únicas e insubstituíveis. Como bem salientou Heidegger, é sempre possível morrer em lugar de outro; mas é radicalmente impossível assumir a experiência existencial da morte alheia.²⁰

A construção teórica exposta por Comparato evidencia uma evolução conceitual no sentido do reconhecimento da natureza única e do valor próprio de cada ser humano, possuindo, assim, cada indivíduo da espécie uma dignidade inerente à sua própria existência. Conclui assim o autor que a

Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada unanimemente pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, condensou toda a riqueza dessa longa elaboração teórica, ao proclamar, em seu art. VI, que todo homem tem direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa.

Salienta ainda que:

Por derradeiro, deve-se observar que as reflexões da filosofia contemporânea sobre a essência histórica da pessoa humana, conjugadas à comprovação do fundamento científico da evolução biológica, deram sólido fundamento à tese do caráter histórico (mas não meramente convencional) dos direitos humanos,

¹⁹ Ibidem, p. 26.

²⁰ Ibidem, p. 27.

tornando portanto sem sentido a tradicional querela entre partidários de um direito natural estático e imutável e os defensores do positivismo jurídico para os quais fora do Estado não há direito.²¹

Ingo Wolfgang Sarlet, invocando a doutrina de K. Stern, fornece uma classificação acerca das etapas históricas de consolidação dos direitos fundamentais que, em certa medida, coincide com o desenvolvimento da ideia de pessoa humana apresentado por Bobbio:

Sintetizando o devir histórico dos direitos fundamentais até o seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, K. Stern, conhecido mestre de Colônia, destaca três etapas: a) uma pré-história, que se estende até o século XVI; b) uma fase intermediária, que corresponde ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem; c) a fase da constitucionalização, iniciada em 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos.²²

A interligação entre as circunstâncias históricas e filosóficas que levaram ao desenvolvimento do conceito de pessoa e a positivação dos direitos fundamentais não passa despercebida a Sarlet:

Por derradeiro, de acordo com a oportuna lição do notável jurista espanhol Perez Luño, não se deve perder de vista a circunstância de que a positivação dos direitos fundamentais é o produto de uma dialética constante entre o progressivo desenvolvimento das técnicas de seu reconhecimento na esfera do direito positivo e a paulatina afirmação, no terreno ideológico, das ideias da liberdade e da dignidade humana. Importa, nesse contexto, destacar o paralelismo e a interpenetração entre a evolução na esfera filosófica e o gradativo processo de positivação que resultou na constitucionalização dos direitos fundamentais no final do século XVIII [...].

Ainda que consagrada a concepção de que não foi na antiguidade que surgiram os primeiros direitos fundamentais, não menos verdadeira é a constatação de que o mundo antigo, por meio da religião e da filosofia, legou-nos algumas das ideias-chave que, posteriormente, vieram a influenciar diretamente o pensamento jusnaturalista e a sua concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis, de tal sorte que esta fase costuma também ser denominada, conforme

²¹ Ibidem, p. 32.

²² Ob. cit., p. 37.

já ressaltado, de “pré-história” dos direitos fundamentais. De modo especial, os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente na greco-romana, e no pensamento cristão.²³

Feitas tais considerações, acresce apontar como as concepções filosóficas apontadas foram absorvidas pelos sistemas jurídicos, com a positivação dos direitos reconhecidos como pertencentes à espécie humana.

3.2. Os fundamentos dos direitos humanos

Demonstrada a evolução da ideia de pessoa, que levou à prevalência, nas ordens jurídicas positivadas, do valor da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, bem como à sua subsequente proteção na ordem internacional, na qualidade de direitos humanos, impende verificar de que maneira a doutrina jurídica, incorporando as concepções filosóficas expostas no item anterior, buscou fundamentar a existência de tais direitos.

Nessa seara, como em tantos outros campos do direito, ganhou corpo a dicotomia entre uma concepção jusnaturalista dos direitos humanos e uma concepção (ainda que a expressão seja imprecisa) positivista, segundo a qual os direitos humanos consubstanciam uma construção, uma formulação oriunda de determinado momento e determinadas circunstâncias.

Por um lado, não resta dúvida de que as concepções jusnaturalistas têm notável influência no processo de positivação dos direitos humanos nas ordens jurídicas dos Estados (denominados, em tal âmbito, direitos fundamentais, como visto). Nesse sentido, são esclarecedoras as palavras de Ingo Wolfgang Sarlet:

De irrefutável importância para o reconhecimento posterior dos direitos fundamentais nos processos revolucionários do século XVIII foi a influência das doutrinas jusnaturalistas, de modo especial a partir do século XVI. Já na Idade Média, desenvolveu-se a ideia da existência de postulados de cunho suprapositivo que, por orientarem e limitarem o poder, atuam como

²³ Ob. cit., p. 37.

critérios de legitimação de seu exercício. De particular relevância foi o pensamento de Santo Tomás de Aquino, que, além da já referida concepção cristã da igualdade dos homens perante Deus, professava a existência de duas ordens distintas, formadas, respectivamente, pelo direito natural, como expressão da natureza racional do homem, e pelo direito positivo, sustentando que a desobediência ao direito natural por parte dos governantes poderia, em casos extremos, justificar até mesmo o exercício do direito de resistência da população. Também o valor fundamental da dignidade humana assumiu particular relevo no pensamento tomista. Incorporando-se, a partir de então, à tradição jusnaturalista, tendo sido o humanista italiano Pico della Mirandola quem, no período renascentista e baseado principalmente no pensamento de Santo Tomás de Aquino, advogou o ponto de vista de que a personalidade humana se caracteriza por ter um valor próprio, inato, expresso justamente na ideia de sua dignidade de ser humano, que nasce na qualidade de valor natural, inalienável e incondicionado, como cerne da personalidade do homem.²⁴

Sarlet destaca também a notável influência de Thomas Hobbes, que “atribuiu ao homem a titularidade de determinados direitos naturais, que, no entanto, alcançavam validade apenas no estado da natureza, encontrando-se, no mais, à disposição do soberano”, observando ainda que

foi justamente na Inglaterra do século XVII que a concepção contratualista da sociedade e a ideia de direitos naturais do homem adquiriram particular relevância, e isto não apenas no plano teórico, bastando, neste particular, a simples referência às diversas Cartas de Direitos assinadas pelos monarcas desse período.²⁵

Não olvidando a contribuição de Locke, Sarlet afirma:

Decisiva, inclusive pela influência de sua obra sobre os autores iluministas, de modo especial franceses, alemães e americanos do século XVIII, foi também a contribuição doutrinária de John Locke (1632-1704), primeiro a reconhecer aos direitos naturais e inalienáveis do homem (vida, liberdade, propriedade e resistência) uma eficácia oponível, inclusive, aos detentores do poder, este, por sua vez, baseado no contrato social, ressaltando-se, todavia, a circunstância de que, para Locke, apenas os cidadãos (e proprietários, já que identifica ambas as situações) poderiam valer-se do direito de resistência, sendo verdadeiros sujeitos, e não meros objetos do governo. Na lição de Perez Luño, com Locke a defesa

²⁴ Ob. cit., p. 38.

²⁵ Ob. cit., p. 39.

dos direitos naturais à vida, à liberdade e à propriedade converteu-se na finalidade precípua da sociedade civil e em princípio legitimador do governo.

A despeito da relevância que o jusnaturalismo assume perante os direitos fundamentais e os direitos humanos, não se pode desconsiderar o fato de que a positivação de tais direitos surge, em regra, como reações a determinadas circunstâncias históricas em que o desrespeito ao valor da dignidade humana ganha maior proeminência.

Dessarte, assim como a primeira dimensão dos direitos fundamentais (concernente às liberdades públicas e à exigência de uma postura absenteísta por parte do Estado perante o cidadão) surge como uma reação ao absolutismo, refletindo os valores e anseios da classe social que então ascendia – a burguesia –, os direitos fundamentais de segunda dimensão (os direitos sociais e econômicos) ganham espaço justamente frente à desigualdade material que o princípio da igualdade formal não logrou superar, configurando-se ainda, em tal contexto, a necessidade de uma atuação positiva por parte dos entes estatais.

Tais circunstâncias fundamentam o argumento da historicidade dos direitos do homem, como defende Bobbio:

No plano histórico, sustento que a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade, segundo a qual, para compreender a sociedade, é preciso partir de baixo, ou seja, dos indivíduos que a compõem, em oposição à concepção orgânica tradicional, segundo a qual a sociedade como um todo vem antes dos indivíduos. A inversão de perspectiva, que a partir de então se torna irreversível, é provocada, no início da era moderna, principalmente pelas guerras de religião, através das quais se vai firmando o direito de resistência à opressão, o qual pressupõe um direito ainda mais substancial e originário, o direito do indivíduo a não ser oprimido, ou seja, a gozar de algumas liberdades fundamentais: fundamentais porque naturais, e naturais porque cabem ao homem enquanto tal e não dependem do beneplácito do soberano (entre as quais, em primeiro lugar, a liberdade religiosa). Essa inversão é estreitamente ligada à afirmação do que chamei de modelo jusnaturalista, contraposto ao

seu eterno adversário, que sempre renasce e jamais foi definitivamente derrotado, o modelo aristotélico.²⁶

Bobbio acrescenta ainda a seguinte observação:

O jusnaturalista objetará que existem direitos naturais ou morais absolutos, direitos que – enquanto tais – são direitos também em relação a qualquer outro sistema normativo, histórico ou positivo. Mas uma afirmação desse tipo é contraditada pela variedade dos códigos naturais e morais propostos, bem como pelo próprio uso corrente da linguagem, que não permite chamar de “direitos” a maior parte das exigências ou pretensões validadas doutrinariamente, ou até mesmo apoiadas por uma forte e autorizada opinião pública, enquanto elas não forem acolhidas num ordenamento jurídico positivo. Para dar alguns exemplos: antes que as mulheres obtivessem, nas várias legislações positivas, o direito de votar, será que se podia corretamente falar de um direito natural ou moral das mulheres a votar, quando as razões pelas quais não se reconhecia esse direito seja naturais (as mulheres não são, por natureza, independentes), seja morais (as mulheres são muito passionais para poderem expressar sua opinião sobre uma lei que deve ser motivada racionalmente)? Será que se pode dizer que existia um direito à objeção de consciência antes que esta fosse reconhecida? Nas legislações onde ela não é reconhecida, que sentido tem afirmar que existe, apesar de tudo, um direito natural ou moral à objeção de consciência? O que se pode dizer, apenas, é que há boas razões para que essa exigência seja reconhecida.²⁷

Assim, sem refutar completamente os argumentos jusnaturalistas, não há como ignorar a influência que o contexto histórico tem na formatação dos direitos inerentes à condição humana – razão pela qual parece irrefutável o argumento de Bobbio no sentido de que o problema do fundamento (notadamente de um fundamento absoluto) dos direitos humanos é um problema mal formulado. Tal não significa, no entanto, que Bobbio não assuma uma posição, o que ele faz de modo peremptório e indubitável:

Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos

²⁶ Ob. cit., p. 4.

²⁷ Ob. cit., p. 75.

de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.²⁸

O autor explicita ainda seu posicionamento de forma mais detalhada nos seguintes termos:

Sabemos hoje que também os direitos ditos humanos são o produto não da natureza, mas da civilização humana; enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e de ampliação. Basta examinar os escritos dos primeiros jusnaturalistas para ver quanto se ampliou a lista dos direitos [...].

Ora, a Declaração Universal dos Direitos do Homem – que é certamente, com relação ao processo de proteção global dos direitos do homem, um ponto de partida para uma meta progressiva, como dissemos até agora – representa, ao contrário, com relação ao conteúdo, isto é, com relação aos direitos proclamados, um ponto de parada num processo de modo algum concluído. Os direitos elencados na Declaração não são os únicos e possíveis direitos do homem: são os direitos do homem histórico, tal como este se configurava na mente dos redatores da Declaração após a tragédia da Segunda Guerra Mundial, numa época que tivera início com a Revolução Francesa e desembocara na Revolução Soviética.²⁹

A historicidade, portanto, é ínsita à própria natureza dos direitos do homem, o que, reconhece Bobbio, dificulta, quando não impossibilita, a busca por um fundamento absoluto dessa espécie de direito.

Similar é o posicionamento de Flávia Piovesan, que destaca, ainda, a relevante circunstância de que a matéria não se encontra pacificada na doutrina, porquanto o debate, como afirma a autora, segue intenso:

Sempre se mostrou intensa a polêmica sobre o fundamento e a natureza dos direitos humanos – se são direitos naturais e inatos, direitos positivos, direitos históricos ou, ainda, direitos que derivam de determinado sistema moral. Esse questionamento ainda permanece intenso no pensamento contemporâneo.

Defende este estudo a historicidade dos direitos humanos, na medida em que estes não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução. Enquanto reivindicações morais, os direitos humanos são fruto de um espaço simbólico de luta e ação social, na busca

²⁸ Ob. cit., p. 5.

²⁹ Ob. cit., p. 32-3.

por dignidade humana, o que compõe um construído axiológico emancipatório. Como leciona Norberto Bobbio, os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares (quando cada Constituição incorpora Declarações de Direitos) para finalmente encontrar a plena realização como direitos positivos universais [...].³⁰

No mesmo sentido, ainda, é o entendimento de Lauro César Mazetto Ferreira, para quem “o reconhecimento dos direitos humanos em prol da dignidade da pessoa foi gradual e constante e decorreu das grandes questões sociais existentes”, razão pela qual sustenta que “esses direitos não são um dado, mas sim um construído, uma invenção humana em constante processo de construção e reconstrução”.³¹

O acerto desse posicionamento encontra confirmação no fato – historicamente inegável – de que a positivação dos direitos inerentes ao homem costuma ocorrer como reação a circunstâncias históricas nas quais se constata violações a determinadas potencialidades ínsitas à espécie humana, seja no que tange à liberdade (direitos fundamentais de primeira dimensão), seja no tocante à igualdade (direitos fundamentais de segunda dimensão), apenas para ficar nos exemplos mais emblemáticos (uma vez que, como já mencionado, a evolução das sociedades enseja o nascimento de novas situações e espécies de conflitos, donde a procedência da afirmação de Mazetto Ferreira acerca de um “constante processo de construção e reconstrução”).

Indagar se tais direitos preexistiam à sua positivação, “revelando-se” por conta de sua violação, levaria a uma tautologia que, a par de insolúvel, tornaria impositiva a opção pela prevalência de uma teoria jusnaturalista sobre um enfoque positivista, ou vice-versa. Não parece ser esse o melhor caminho para se buscar uma fundamentação dos direitos humanos, na medida em que, a despeito do embate teórico, a adoção de uma postura radical ou “forte” de qualquer das duas teorias revelar-se-á insuficiente para lidar com os problemas relacionados à fundamentação dos direitos do homem. Como assevera Paulo Bonavides:

³⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 114-5.

³¹ FERREIRA, Lauro César Mazetto. *Seguridade social e direitos humanos*, p. 19.

[...] a alternativa moderna sempre foi esta: direito natural ou direito positivo. O primeiro, entregando-se ao subjetivismo idealista para alcançar a Justiça; o segundo, sacrificando o problema da verdade para obter a Segurança.

A “injustiça legislada” durante as épocas mais agudas do positivismo jurídico de nosso século (haja visto o período nacional-socialista) marcou o auge da crise na controvérsia doutrinária entre os dois direitos.

O positivismo, ao contrário do jusnaturalismo – tão fecundo em produção doutrinária – se asilou, primeiro, no formalismo, para depois esvaziar-se como lógica, teoria do conhecimento ou simples metodologia. Não logrou justificar-se, não apresentou nenhuma teoria satisfatória sobre si mesmo e, finalmente, não delimitou suas próprias fronteiras, segundo Wenzel e Calliesss, que ponderaram assim a esterilidade doutrinária do positivismo.

Quanto ao jusnaturalismo, este, por sua vez, teria demonstrado, como sempre, sua incapacidade para responder, numa determinada situação histórica concreta, ao problema dos fundamentos de validade do direito.³²

Indiscutivelmente, se a controvérsia entre jusnaturalismo e positivismo já se mostrava ineficaz para solucionar questões atinentes a outras áreas do direito, notadamente questões de complexidade menor do que a encontrada nos problemas contemporâneos, a insuficiência de tais teorias no trato com os temas de direitos humanos, que envolvem questões altamente complexas, implicando inclusive a reformulação de institutos jurídicos consolidados (como os de cidadania e autodeterminação) revela-se inafastável.

Talvez a melhor saída seja buscar um meio de compatibilizar as duas teorias, sem a pretensão de justificar os direitos humanos com base na prevalência de uma e na refutação de outra. Nesse sentido parece ser o entendimento esposado por Bobbio:

Somos tentados a descrever o processo de desenvolvimento que culmina na Declaração Universal também de um outro modo, servindo-nos das categorias tradicionais do direito natural e do direito positivo: os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais. A Declaração Universal contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade

³² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 124.

abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais.³³

A par da dificuldade – ou mesmo da suposta impossibilidade, como afirma Bobbio, no tocante a um fundamento absoluto – da fundamentação dos direitos inerentes à condição humana, impõe-se reconhecer que, na quadra atual, tendo em vista a ampla positivação das mais variadas espécies de direitos humanos, tanto nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados como perante a ordem jurídica internacional, a questão mais relevante concernente à temática dos direitos humanos recai não sobre a sua fundamentação, e sim sobre a sua efetividade – questão que será abordada com mais vagar adiante.

3.3. A positivação dos direitos humanos

Traçadas, assim, as premissas teóricas que levaram ao reconhecimento da existência de direitos inerentes à condição do ser humano, insta analisar o modo pelo qual tais direitos passaram a ser positivados nos ordenamentos jurídicos dos Estados.

Vale lembrar que a presente análise ainda não diz respeito à fase em que a proteção de tais direitos se internacionalizou, mas ao momento em que passaram a fazer parte das ordens jurídicas internas, no que Bobbio chama, como apontado anteriormente, de primeira etapa da evolução dos direitos do homem, a saber, a sua positivação. Desse modo, ainda que se trate de direitos cuja posterior internacionalização ensejou a denominação *direitos humanos* – de modo que os documentos a seguir mencionados têm inegável relevância para o desenvolvimento da proteção dos direitos humanos –, parece mais apropriado, ao menos em relação a tal fase histórica, falar-se em direitos fundamentais.

Nesse tocante, Perez Luño observa que os

³³ Ob. cit., p. 30.

direitos fundamentais aparecem, portanto, como a fase mais avançada do processo de positivação dos direitos naturais nos textos constitucionais do Estado de Direito, processo que teria seu ponto intermediário de conexão nos direitos humanos.³⁴

Ainda que, como já apontado, as construções teóricas e filosóficas voltadas à proteção dos direitos do homem remontem à Antiguidade, a presente análise terá início a partir da *Magna Charta Libertarum*, de 1215, por consubstanciar o marco inaugural de um novo período histórico – a Idade Média – no qual o valor da liberdade atingiu um grau de juridicidade até então inédito. De fato, afirma Comparato que “com a extinção do império romano do Ocidente, em 453 da era cristã, teve início uma nova civilização, constituída pelo amálgama de instituições clássicas, valores cristãos e costumes germânicos. Era a Idade Média”.³⁵

Os estudiosos dividem a história da Europa em quatro fases – a Idade Antiga, a Idade Média, a Idade Moderna e a Idade Contemporânea. A Idade Média, por seu turno, é dividida em dois períodos, a Baixa Idade Média e a Alta Idade Média, tendo por linha divisória a passagem do século XI para o século XII – época em que, de acordo com Comparato,

volta a tomar corpo a ideia de limitação do poder dos governantes, pressuposto do reconhecimento, a ser feito somente alguns séculos depois, da existência de direitos comuns a todos os indivíduos, qualquer que fosse o estamento social – clero, nobreza e povo – no qual eles se encontrassem.³⁶

O início da Alta Idade Média é caracterizado pela pulverização do poder político e pelo surgimento dos feudos. A partir do século XI, no entanto, começa a ocorrer uma reconcentração do poder até então disperso, circunstância que deu ensejo a abusos por parte dos governantes (a nobreza e o clero). Tais abusos foram o estopim para a reação que culminou, em 1215, com a promulgação da

³⁴ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales*, p. 43-4. No original: “*Los derechos fundamentales aparecen, por tanto, como la fase más avanzada del proceso de positivación de los derechos naturales en los textos constitucionales del Estado de Derecho, proceso que tendría su punto intermedio em los derechos humanos*”.

³⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 44.

³⁶ Ob. cit., p. 44.

Magna Carta – o primeiro dos principais documentos históricos que ora passam a ser analisados.³⁷

3.3.1. *Magna Charta Libertatum* (1215)

No contexto histórico de reconcentração de poder em que surgiu, a *Magna Carta* assume relevância por consubstanciar um dos primeiros documentos de limitação do poder do monarca, que passou a reconhecer, como limitação a seu poder soberano, os privilégios estamentais.

Assinada pelo rei João-Sem-Terra como resposta à revolta armada dos barões ingleses, “a *Magna Carta* deixa implícito pela primeira vez, na história política medieval, que o rei acha-se naturalmente vinculado pelas próprias leis que edita”, de acordo com Comparato.³⁸ Seu ineditismo decorre da concepção de que os direitos subjetivos dos governados constituem limitações ao poder do governante.

É certo que os direitos reconhecidos em tal documento, de natureza indiscutivelmente liberal (sendo os mais relevantes, no texto, a liberdade e a propriedade), não tinham por titulares a sociedade como um todo, mas apenas seus estratos mais privilegiados. Essa a razão pela qual Comparato afirma que

[...] no embrião dos direitos humanos, portanto, despontou antes de tudo o valor da liberdade. Não, porém, a liberdade geral em benefício de todos, sem distinções de condição social, o que só viria a ser declarado ao final do século XVIII, mas sim liberdades específicas, em favor, principalmente, dos estamentos superiores da sociedade – o clero e a nobreza – com algumas concessões em benefício do “Terceiro Estado” – o povo.³⁹

Ainda assim, não se pode deixar de reconhecer que esse “embrião de liberdade”, se inicialmente destinado apenas a segmentos sociais elitizados,

³⁷ No presente capítulo será adotado, em grande parte, o elenco exposto por Fábio Konder Comparato na já mencionada obra *A afirmação histórica dos direitos humanos*, sem que, no entanto, sejam indicados todos os documentos que o citado autor analisa na obra em questão, tendo em vista que os objetivos do presente trabalho são distintos daqueles perseguidos por Comparato no aludido trabalho – sendo, contudo, para os fins propostos, indispensável a análise, ainda que sucinta, dos principais documentos históricos relativos aos direitos humanos.

³⁸ Ob. cit., p. 78.

³⁹ Ob. cit., p. 45.

permitiu uma posterior irradiação de efeitos a camadas inicialmente não contempladas com tais direitos, como afirma J. J. Gomes Canotilho:⁴⁰

A proto-história dos direitos fundamentais costuma salientar a importância das cartas de franquias medievais dadas pelos reis aos vassallos, a mais célebre das quais foi a *Magna Charta Libertatum* de 1215. Não se tratava, porém, de uma manifestação da ideia de direitos fundamentais inatos, mas da afirmação de direitos corporativos da aristocracia feudal em face do seu suserano. A finalidade da *Magna Charta* era, pois, o estabelecimento de um *modus vivendi* entre o rei e os barões, que consistia fundamentalmente no reconhecimento de certos direitos de supremacia ao rei em troca de certos direitos de liberdade estamentais consagrados nas cartas de franquia.

Mas a *Magna Charta*, embora contivesse fundamentalmente direitos estamentais, fornecia já “aberturas” para a transformação dos direitos corporativos em direitos do homem. O seu vigor “irradiante” no sentido da individualização dos privilégios estamentais detecta-se na interpretação que passou a ser dada ao célebre art. 39.º, onde se preceituava que “Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos, nem mandaremos proceder contra ele, senão em julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país”. Embora este preceito começasse por aproveitar apenas a certos estratos sociais – os cidadãos *optimo jure* – acabou por ter uma dimensão mais geral quando o conceito de homem *livre* se tornou extensivo a todos os ingleses. É este o significado histórico da leitura de Coke, quatro séculos mais tarde: a transformação dos direitos corporativos de algumas classes em direitos de todos os ingleses (*just rights and liberties* como “birthrights”, como “inheritance”).

Ademais, é inegável que a *Magna Carta* constitui documento de extrema relevância, na medida em que reconhece direitos que a aristocracia e o clero poderiam opor ao próprio soberano, não podendo ser por este alterados.

3.3.2. Lei do *Habeas Corpus* (1679)

Embora o instituto do *habeas corpus* seja, na Inglaterra, anterior até mesmo à *Magna Carta*, este não gozava de efetividade, diante da ausência de legislação

⁴⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 384.

processual apta a viabilizar seu emprego, questão solucionada em 1679, com a publicação da Lei do *Habeas Corpus*.

Considerada um mecanismo complementar à *Magna Carta*, sua relevância histórica decorre do fato de que seu texto influenciou toda a legislação subsequente destinada à garantia das liberdades individuais.

3.3.3. Declaração de Direitos – *Bill of Rights* (1689)

Imposta pelo Parlamento inglês como condição para que o Príncipe Guilherme de Orange fosse aceito como rei da Inglaterra, a Declaração de Direitos de 1689 constitui momento decisivo para o fim do absolutismo monárquico, na medida em que determina que os poderes legislativos competem ao Parlamento e não ao rei, estabelecendo, ainda, garantias assecuratórias da liberdade do Parlamento perante o soberano, consolidando assim a separação entre os Poderes Executivo e Legislativo.

Nesse sentido, Comparato esclarece que

[...] embora não sendo uma declaração de direitos humanos, nos moldes das que viriam a ser aprovadas cem anos depois nos Estados Unidos e na França, o *Bill of Rights* criava, com a divisão de poderes, aquilo que a doutrina constitucionalista alemã do século XX viria denominar, sugestivamente, uma *garantia institucional*, isto é, uma forma de organização do Estado cuja função, em última análise, é proteger os direitos fundamentais da pessoa humana.

O autor destaca também que “ao limitar os poderes governamentais e garantir as liberdades individuais, essa lei fundamental suprimiu a maior parte das peias jurídicas, que embaraçavam a atividade profissional dos burgueses”.⁴¹

Ainda que tenha sido necessário aguardar mais meio século para que Montesquieu formulasse sua teoria da separação das funções estatais, a relevância da *Bill of Rights*, notadamente como influência para os textos jurídicos que a sucederam, é indiscutível.

⁴¹ Ob. cit., p. 90 e 92.

3.3.4. Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (1776)

De acordo com Fábio Konder Comparato, a

independência das antigas treze colônias britânicas da América do Norte, em 1776, [...] representou o ato inaugural da democracia moderna, combinando, sob o regime constitucional, a representação popular com a limitação de poderes governamentais e o respeito aos direitos humanos.⁴²

Considerada o primeiro documento histórico a afirmar os princípios democráticos e a assegurar a soberania popular, tais características tornam evidente a sua importância para o desenvolvimento da posituação dos direitos humanos, porquanto estes não encontram campo fértil onde não haja um Estado Democrático de Direito.

A Declaração de Independência é contemporânea de várias declarações de direitos dos estados norte-americanos, tais como as declarações da Virgínia e da Pensilvânia (ambas de 1776) e a do Estado de Massachusetts (de 1780).

Acresce observar que as dez primeiras emendas à Constituição dos Estados Unidos integram o chamado *Bill of Rights* norte-americano, na medida em que trazem em seu bojo a especificação de uma série de direitos (notadamente aqueles relativos à liberdade, de cunho liberal) que visavam a assegurar.

3.3.5. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)

Fruto da Revolução Francesa e marco do fim do absolutismo que caracterizou o *Ancien Régime*, a Declaração de 1789 tem indiscutível caráter universalista, consagrando os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade que norteariam toda a construção teórica acerca dos direitos humanos.

⁴² Ob. cit., p. 95.

Sendo a Revolução Francesa um movimento tipicamente burguês, não surpreende o reconhecimento do direito à propriedade como universal e sagrado, numa concepção que o futuro moldaria de forma distinta.

Não obstante, sua maior contribuição consiste na inversão da concepção acerca da relação política, com a adoção de uma visão *ex parte populi* (na qual o povo é o elemento principal) em substituição à, até então vigente, visão *ex parte principe*.

3.3.6. Constituição Francesa de 1848

Assim como a Declaração de 1789, a Constituição Francesa de 1848 também é o resultado de um processo revolucionário, com o objetivo de reinstaurar a república, com a derrubada do Rei Luís Felipe de Orléans. O governo provisório, uma vez instalado, convocou de imediato uma assembleia constituinte.

Produto de um momento histórico em que a Revolução Industrial e a evolução do capitalismo alteravam a face do mundo, a Constituição de 1848 revela uma tentativa de amálgama entre o liberalismo e o socialismo. Sem abandonar os direitos de liberdade, destaca-se como marco do início do reconhecimento de direitos sociais e pela preocupação com a proteção da classe trabalhadora.

3.3.7. Convenção de Genebra (1864)

Ainda que voltada especificamente a questões militares e bélicas, a Convenção de Genebra assume relevância por consistir no primeiro documento voltado à *internacionalização* dos direitos humanos. De acordo com Comparato, ela

inaugura o que se convencionou chamar *direito humanitário*, em matéria internacional; isto é, o conjunto das leis e costumes da guerra, visando a minorar o sofrimento de soldados doentes e feridos, bem como de populações civis atingidas por um conflito

bélico. É a primeira introdução dos direitos humanos na esfera internacional.⁴³

3.3.8. Constituição Mexicana de 1917

Não é exagero afirmar que a Constituição Mexicana de 1917 criou as bases do que viria a se tornar o Estado do Bem-Estar Social, na medida em que foi a primeira a atribuir o *status* de direitos fundamentais os direitos dos trabalhadores, incorporando, assim, à já reconhecida dimensão individual dos direitos fundamentais, também uma dimensão social.

A Constituição mexicana teve inequívoca influência na Constituição de Weimar, de 1919 – não se podendo desconsiderar, contudo, a eclosão da Revolução Russa e a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, ambos os fatos ocorridos em 1918, e que também tiveram papel relevante na construção da ideia do Estado Social de Direito.

Sobre a Constituição mexicana, Comparato esclarece:

O que importa, na verdade, é o fato de que a Constituição mexicana, em relação ao sistema capitalista, foi a primeira a estabelecer a desmercantilização do trabalho, ou seja, a proibição de equipará-lo a uma mercadoria qualquer, sujeita às leis da oferta e da procura no mercado. Ela firmou o princípio da igualdade substancial de posição jurídica entre trabalhadores e empresários na relação contratual de trabalho, criou a responsabilidade dos empregadores por acidentes de trabalho e lançou, de modo geral, as bases para a construção do moderno Estado Social de Direito. Deslegitimou, com isso, as práticas de exploração mercantil do trabalho, e portanto da pessoa humana, cuja justificativa se procurava fazer, abusivamente, sob a invocação da liberdade de contratar.⁴⁴

3.3.9. Constituição de Weimar (1919)

Documento que instituiu a primeira república alemã ao término da Primeira Guerra Mundial, a Constituição de Weimar, de maneira ainda mais evidente que a

⁴³ Ob. cit., p. 169.

⁴⁴ Ob. cit., p. 177.

Constituição mexicana de 1917, foi o paradigma adotado pelas Constituições do mundo ocidental que visavam a construir um Estado social, tendo em vista a forma estruturada como constitucionalizou direitos sociais.

Malgrado a relevância teórica do texto, sua aplicação na realidade foi pífia, perdurando apenas até 1933. Isso porque a Alemanha, derrotada na guerra, fora forçada pelos países vencedores a assinar o Tratado de Versalhes, impondo à Alemanha a obrigação de pagar indenizações de guerra inexequíveis, semente tanto da ruína financeira do país quanto de seu corolário direto, a ascensão do nazismo.

A despeito das circunstâncias que inviabilizaram sua aplicação à realidade, é indiscutível que a Constituição de Weimar forneceu substratos teóricos posteriormente adotados como regra nas Constituições dos Estados sociais de Direito.

3.3.10. Carta das Nações Unidas (1945)

Concebida ao término da Segunda Guerra Mundial, é certamente um dos mais relevantes documentos acerca de direitos humanos já existentes, seja por sinalizar uma evolução na concepção de comunidade global, seja por marcar a criação da Organização das Nações Unidas (ONU).

Sua relevância na sistemática de proteção dos direitos humanos é indiscutível. E, embora seja formalmente um tratado, seu conteúdo lhe confere características ímpares. Nesse tocante, observa Antônio Augusto Cançado Trindade que

hoje já há um consenso generalizado de que a Carta da ONU não é um tratado como qualquer outra convenção multilateral nem tampouco uma “constituição”; é um tratado *sui generis*, a ser interpretado como tal, que dá origem a uma complexa entidade internacional que passa a ter “vida própria”.⁴⁵

⁴⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direito das organizações internacionais*, p. 27-8.

É certo que, ao término da Primeira Guerra Mundial, já se determinara a criação de uma instância internacional, a Sociedade das Nações, com o objetivo de regulamentar questões de guerra. A ONU, no entanto, difere substancialmente da Sociedade das Nações, seja por conta do objetivo a ser perseguido, seja em razão dos próprios pressupostos que ensejaram a criação de cada uma dessas entidades. Como bem observa Comparato:

A ONU difere da Sociedade das Nações, na mesma medida em que a 2ª Guerra Mundial se distingue da 1ª. Enquanto em 1919 a preocupação única era a criação de uma instância de arbitragem e regulação dos conflitos bélicos, em 1945 objetivou-se colocar a guerra definitivamente fora da lei. Por outro lado, o horror engendrado pelo surgimento dos Estados totalitários, verdadeiras máquinas de destruição de povos inteiros, suscitou em toda parte a consciência de que, sem o respeito aos direitos humanos, a convivência pacífica das nações tornava-se impossível.

Por isso, enquanto a Sociedade das Nações não passava de um clube de Estados, com liberdade de ingresso e retirada conforme suas conveniências próprias, as Nações Unidas nasceram com a vocação de se tornarem a organização da sociedade política mundial, à qual deveria pertencer portanto, necessariamente, todas as nações do globo empenhadas na defesa da dignidade humana.⁴⁶

Destarte, a posição de destaque que os direitos humanos assumem na Carta das Nações Unidas torna tal documento substancialmente distinto de todos os que o precederam no tocante às relações internacionais, na medida em que, sem se afastar da questão atinente à relação entre os Estados, o ser humano – independentemente de sua origem, raça ou nacionalidade, ou seja, o humano pelo só fato de pertencer à espécie humana – ganha um lugar de proeminência até então inédito na seara internacional.

Nesse sentido, esclarece Flávia Piovesan:

Desse modo, ao lado da preocupação de evitar a guerra e manter a paz e a segurança internacional, a agenda internacional passa a conjugar novas e emergentes preocupações, relacionadas à promoção e proteção dos direitos humanos. A coexistência pacífica entre os Estados, combinada com a busca de inéditas formas de cooperação econômica e social e de promoção universal

⁴⁶ Ob. cit., p. 210.

dos direitos humanos, caracterizam a nova configuração da agenda da comunidade internacional.

A Carta das Nações Unidas de 1945 consolida, assim, o movimento de internacionalização dos direitos humanos, a partir do consenso de Estados que elevam a promoção desses direitos a propósito e finalidade das Nações Unidas. Definitivamente, a relação de um Estado com seus nacionais passa a ser uma problemática internacional, objeto de instituições internacionais e do Direito Internacional.⁴⁷

A par de sua relevância, no entanto, a Carta das Nações Unidas deparou-se com uma dificuldade inicial, consistente no fato de que as expressões “*direitos humanos*” e “*liberdades fundamentais*” não tiveram seus conteúdos definidos, o que, evidentemente, dificultou a atuação dos órgãos criados pelo documento.

Essa dificuldade inicial, contudo, foi superada três anos depois, em 1948, com a Declaração dos Direitos Humanos, que veio a suprir tais lacunas.

A despeito do fato de não ter definido as expressões mencionadas, a Carta das Nações Unidas assume indiscutível relevo, na medida em que internacionalizou a temática dos direitos humanos. Com efeito, ao aderirem à Carta, os Estados não apenas reconhecem a existência e a relevância dos direitos humanos; mais do que isso, reconhecem que o interesse na proteção de tais direitos extrapola fronteiras nacionais, regionalismos e questões de soberania, consubstanciando, por conseguinte, preocupação inerente à comunidade internacional como um todo.

3.3.11. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)

Aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 10 de dezembro de 1948, constitui o que Celso Lafer chama de “evento-matriz” no trato dos direitos humanos,⁴⁸ uma vez que, dando maior concreção aos preceitos insculpidos na Carta das Nações Unidas, inaugura uma ordem internacional de proteção da

⁴⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 135.

⁴⁸ LAFER, Celso. “O cinquentenário da Declaração Universal. A tutela dos direitos humanos no plano internacional no limiar do século XXI. Resistência e realizabilidade”. In: *Comércio, desarmamento, direitos humanos, reflexões sobre uma experiência diplomática*. p. 179.

pessoa humana, reconhecendo que a condição de pessoa é o único requisito para a titularidade dos direitos que enuncia.

Sua importância é fundamental no processo de internacionalização dos direitos humanos. A seu respeito, assevera Thomas Buergenthal:

A Declaração Universal é o primeiro instrumento de direitos humanos proclamado por uma organização internacional universal. Por seu *status* moral e pela importância legal e política que adquiriu ao longo dos anos, a Declaração se equipara à Magna Carta, à Declaração Francesa dos Direitos do Homem e à Declaração Americana de Independência como marco na luta da humanidade por liberdade e dignidade humana. Seu débito para com esses grandes documentos históricos é inequívoco.⁴⁹

A Declaração, juntamente com a Carta da ONU de 1945, constitui o fundamento sobre o qual se ergueu todo o sistema normativo internacional atual, no qual os direitos humanos ocupam papel central, como aponta Valerio de Oliveira Mazzuoli:

Inaugurado com a Carta das Nações Unidas de 1945 e com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o sistema internacional de proteção dos direitos humanos é hoje um *corpus juris* autônomo e um dos mais importantes capítulos do direito internacional público contemporâneo. O Direito Internacional dos Direitos Humanos não existia como ramo autônomo do direito até a Segunda Guerra Mundial, tendo auferido esse *status* jurídico tão somente após a entrada em vigor da Carta das Nações Unidas, em 1945. O resultado, hoje, desse processo legiferante, que teve início na metade do século XX, é uma avalanche de tratados internacionais formadores de um verdadeiro *código* internacional de proteção dos direitos humanos, maior do que qualquer outro já conhecido no domínio do direito internacional público.⁵⁰

O documento foi aprovado de forma unânime por 48 Estados, com oito abstenções, sendo emblemático o fato de que não houve qualquer espécie de

⁴⁹ BUERGENTHAL, Thomas. *International human rights in a nutshell*, p. 25-6. No original: “*The Universal Declaration is the first comprehensive human rights instrument to be proclaimed by a universal international organization. Because of its moral status and the legal and political importance it has acquired over the years, the Declaration ranks with the Magna Carta, the French Declaration of the Rights of Man and the American Declaration of Independence as a milestone in mankind’s struggle for freedom and human dignity. Its debt to these great historic documents is unmistakable*”.

⁵⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e o direito interno*, p. 30.

impugnação, por parte dos signatários, ao teor do documento. De acordo com Flávia Piovesan, a

inexistência de qualquer questionamento ou reserva feita pelos Estados aos princípios da Declaração, bem como de qualquer voto contrário às suas disposições, confere à Declaração Universal o significado de um código e plataforma comum de ação. A Declaração consolida a afirmação de uma ética universal ao consagrar um consenso sobre valores de cunho universal a serem seguidos pelos Estados.⁵¹

Não resta dúvida de que os princípios constantes da Declaração foram acolhidos pela totalidade dos países signatários, representando, por conseguinte, um consenso praticamente universal acerca de seu conteúdo. Nas palavras de Fábio Konder Comparato,

a Declaração, retomando os ideais da Revolução Francesa, representou a manifestação histórica de que se formara, enfim, em âmbito universal, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade, e da fraternidade entre os homens, como ficou consignado em seu artigo I.⁵²

Uma vez que a Declaração não tem a natureza de tratado internacional, há profunda discussão doutrinária acerca da sua força jurídica, tanto em relação à existência ou não de força vinculante, como também, entre os que reconhecem sua força vinculante, acerca do fundamentos de tal característica. A esse respeito, esclarece Flávia Piovesan:

Mas qual o valor jurídico da Declaração Universal de 1948?

A Declaração Universal não é um tratado. Foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas sob a forma de resolução, que, por sua vez, não apresenta força de lei. O propósito da Declaração, como proclama seu preâmbulo, é promover o reconhecimento universal dos direitos humanos e das liberdades fundamentais a que faz menção a Carta da ONU, particularmente nos arts. 1º (3) e 55.

Por isso, como já aludido, a Declaração Universal tem sido concebida como a interpretação autorizada da expressão “direitos

⁵¹ Ob. cit., p. 141.

⁵² Ob. cit., p. 223.

humanos”, constante da Carta das Nações Unidas, apresentando, por esse motivo, força jurídica vinculante.⁵³

A autora não deixa, no entanto, de reconhecer a existência de correntes que buscam outros fundamentos para a força vinculante da Declaração. Com efeito, afirma que “há, contudo, aqueles que defendem que a Declaração teria força jurídica vinculante por integrar o direito costumeiro internacional e/ou os princípios gerais de direito, apresentando, assim, força jurídica vinculante”.⁵⁴

A conclusão a que chega Flávia Piovesan, por congregação dos mais relevantes argumentos no sentido da cogência da Declaração, afigura-se a mais adequada, sendo, por isso, adotada no presente trabalho:

Para esse estudo, a Declaração Universal de 1948, ainda que não assuma a forma de tratado internacional, apresenta força jurídica obrigatória e vinculante, na medida em que constitui a interpretação autorizada da expressão “direitos humanos” constante dos arts. 1º (3) e 55 da Carta das Nações Unidas. Ressalte-se que, à luz da Carta, os Estados assumem o compromisso de assegurar o respeito universal e efetivo aos direitos humanos.

Ademais, a natureza jurídica vinculante da Declaração Universal é reforçada pelo fato de – na qualidade de um dos mais influentes instrumentos jurídicos e políticos do século XX – ter-se transformado, ao longo dos mais de cinquenta anos de sua adoção, em direito costumeiro internacional e princípio geral do Direito Internacional.⁵⁵

Impõe-se, por conseguinte, reconhecer a força jurídica vinculante da Carta, ainda que uma das críticas que se façam a ela diga respeito justamente a uma suposta falta de força jurídica. Contudo, pelos argumentos expostos, tal crítica não se afigura procedente.

Também há críticas no sentido de que a Declaração foi omissa acerca de direitos relevantes, como os das minorias, o de resistir à opressão e o dos habitantes de colônias. Porém, tais omissões foram supridas posteriormente por

⁵³ Ob. cit., p. 148.

⁵⁴ Ob. cit., p. 149. Dentre os autores que, de acordo com Flávia Piovesan, entendem que a Declaração teria força jurídica vinculante, pode-se citar Fábio Konder Comparato (in *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 244).

⁵⁵ Ob. cit., p. 151.

meio de instrumentos específicos, no que Bobbio chama de quarta etapa de evolução dos direitos do homem (a especificação).

Finalmente, uma terceira crítica concerne ao fato de que a Declaração teria sido inspirada por valores típicos da cultura ocidental, o que macularia sua universalidade. Contudo, a participação de países da Ásia, do Oriente Médio e da URSS no Comitê de Redação da Declaração demonstra que, se há uma inequívoca influência dos países ocidentais na elaboração da Declaração, esta não deixou de receber, ainda que de modo menos evidente, os influxos de outras culturas. Destarte, ainda que a crítica proceda sob determinada ótica, não se mostra robusta o bastante para impugnar o universalismo que, de resto, deflui do próprio conteúdo de seus dispositivos, e não de sua origem.

Do exposto, constata-se que, a despeito das críticas que eventuais imperfeições da Declaração podem ensejar, sua relevância como instrumento de garantia dos direitos humanos no plano internacional, bem como a força normativa que dela deflui, a tornam um dos mais relevantes documentos relativos a direitos humanos já elaborados – relevância esta que se reafirma a cada dia.

3.3.12. Os Pactos Internacionais de Direitos Humanos de 1966

Diante das discussões que se instauraram acerca da existência ou não de força cogente da Declaração de 1948, exsuruiu, desde logo, a necessidade de robustecer seus preceitos por meio de tratados internacionais, os quais teriam indiscutível força vinculante em relação aos Estados signatários.

Os debates nesse sentido tiveram início em 1949, e se estenderam até 1966, ano em que a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou simultaneamente dois pactos internacionais de direitos humanos, com natureza jurídica de tratados internacionais, que tinham o objetivo de desenvolver e ampliar a força normativa

dos dispositivos da Declaração de 1948: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.⁵⁶

Os pactos – que, em seu conjunto, e ao lado da Declaração Universal, formam a chamada Carta Internacional dos Direitos Humanos – superam qualquer discussão acerca da cogência da Declaração de 1948, na medida em que não apenas reafirmam os direitos nela contidos, como acrescentam outros (não previstos na Declaração) e estabelecem mecanismos de monitoramento, aplicáveis a todos os Estados signatários. Como afirma Flávia Piovesan, o objetivo dos pactos “foi permitir a adoção de uma linguagem de direitos que implicasse obrigações no plano internacional, mediante a sistemática da *international accountability*”, criando assim “obrigações legais aos Estados-partes, ensejando responsabilização internacional em caso de violação dos direitos que enuncia”.⁵⁷

A adoção dos dois pactos inaugura um novo momento na defesa dos direitos humanos, mormente no que tange à sua juridicidade, pois, como afirma Comparato, “completava-se, assim, a segunda etapa do processo de institucionalização dos direitos do homem em âmbito universal e dava-se início à terceira etapa, relativa à criação de mecanismos de sanção às violações de direitos humanos”.⁵⁸

3.3.13. A Convenção Americana de Direitos Humanos (1969)

Finalmente, merece destaque, para os fins do presente estudo, a Convenção Americana de Direitos Humanos, aprovada na Conferência de São José da Costa Rica em 22 de novembro de 1969, que reproduziu grande parte dos direitos já previstos no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966.

⁵⁶ A elaboração de dois documentos distintos, um destinado à garantia dos direitos de primeira dimensão e outro à defesa dos direitos de segunda dimensão, é consequência da dicotomia ideológica que, à época, dividia o mundo em dois blocos econômicos antagônicos. De qualquer modo, foram necessários dez anos para que os dois pactos alcançassem o número mínimo de ratificações necessárias para sua vigência, de modo que apenas em 1976 os dois pactos entraram em vigor. E, a despeito da separação formal entre as duas categorias de direitos, a própria ONU reconheceu a unidade e a indivisibilidade dos direitos humanos, na Resolução n. 32/120 de sua Assembleia Geral, em 1968 (reafirmando-a, ainda, na Conferência Mundial de Direitos Humanos de 1993, na Declaração de Viena), consagrando uma *concepção contemporânea de direitos humanos*.

⁵⁷ Ob. cit., p. 178.

⁵⁸ Ob. cit., p. 275.

Embora a Convenção não tenha a amplitude global que caracteriza os documentos históricos até aqui expostos (voltando-se precipuamente aos países americanos, portanto, a uma realidade regional), sua relevância há de ser destacada pelo fato de que, como se verá ao longo do presente estudo, foi justamente por ocasião da análise da aplicação de seus preceitos (mormente o § 7º de seu art. 7º) à realidade brasileira que o Supremo Tribunal Federal estabeleceu os parâmetros atualmente vigentes acerca da hierarquia entre tratados internacionais e a legislação interna brasileira.

Assim, para a realidade brasileira, o Pacto de São José da Costa Rica afigura-se, indiscutivelmente, um dos mais relevantes documentos internacionais de proteção aos direitos humanos.

3.4. Uma concepção contemporânea de direitos humanos e suas características

Expostas as linhas básicas dos principais documentos relativos aos direitos humanos em vigência perante a comunidade internacional, impende observar que o destaque a eles dado não implica desconsideração à relevância de uma série de outros documentos, muitos dos quais complementam aqueles já apontados.

De qualquer modo, resta evidente que tais documentos consubstanciam o eixo em torno do qual se constrói o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, que será analisado adiante.

Por ora, releva destacar que, como já apontado, a circunstância de os direitos de primeira e de segunda dimensão não estarem aglutinados em um único documento, bem como o fato de que aqueles alcançaram maior concreção e proteção (em termos práticos) do que estes, não deve implicar qualquer espécie de aceitação de uma divisão entre categorias de direitos humanos. A própria ONU já reconheceu a interconexão entre esses direitos na já mencionada Resolução n. 32/120 de sua Assembleia Geral, de 1968, que estabelece: “Todos os direitos humanos, qualquer que seja o tipo a que pertencem, se inter-relacionam necessariamente entre si, e são indivisíveis e interdependentes”.

Tal concepção, por sua vez, foi reafirmada na Declaração de Viena de 1993, que, em seu § 5º, preconiza:

Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase.

É fato que os direitos de liberdade, por exigirem uma postura menos ativa por parte do Estado (o que não significa abstenção total, como equivocadamente se afirma por vezes), encontram, por tal circunstância, possibilidade de concretização praticamente imediata. Daí se segue que os direitos sociais, econômicos e culturais exigem, para sua adequada implementação e incorporação, uma atuação progressiva – o que, evidentemente, não significa que não sejam justiciáveis, como parte da doutrina chegou a sustentar – em relação à qual a comunidade internacional há de estar atenta, especialmente quando se trata de direitos que os Estados formalmente se comprometem a implementar, por meio de tratados internacionais.

Por outro lado, o reconhecimento da interdependência entre os direitos humanos como um todo, já reconhecida pela ONU, é pressuposto para uma adequada compreensão do objeto do presente estudo.

O rol dos direitos humanos deve, assim, ser considerado um todo indivisível, sendo inconcebível a existência de alguns sem o amparo dos outros. Nesse sentido, também, destaca-se a importância da Declaração de 1948, que inaugura essa concepção de unidade indivisível, rompendo com a dicotomia até então consagrada entre direitos de liberdade e direitos de igualdade, e propugnando a unidade e indivisibilidade dos direitos fundamentais. Nesse tocante, esclarece Flávia Piovesan que a Declaração apresenta uma concepção contemporânea de direitos humanos:

Considerando esse contexto, a Declaração de 1948 introduz extraordinária inovação ao conter uma linguagem de direitos até então inédita. Combinando o discurso liberal da cidadania com o discurso social, a Declaração passa a elencar tanto direitos civis e

políticos (arts. 3º a 21) como direitos sociais, econômicos e culturais (arts. 22 a 28). Duas são as inovações introduzidas pela Declaração: a) parificar, em igualdade de importância, os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais; e b) afirmar a inter-relação, indivisibilidade e interdependência de tais direitos.

Ao conjugar o valor da liberdade com o da igualdade, a Declaração introduz a concepção contemporânea de direitos humanos, pela qual esses direitos passam a ser concebidos como uma unidade interdependente e indivisível. Assim, partindo do critério metodológico que classifica os direitos humanos em gerações, compartilha-se do entendimento de que uma geração de direitos não substitui a outra, mas com ela interage. Isto é, afasta-se a equivocada visão da sucessão “geracional” de direitos, na medida em que se acolhe a ideia da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos, todos essencialmente complementares e em constante dinâmica de interação. Logo, apresentando os direitos humanos uma unidade indivisível, revela-se esvaziado o direito à liberdade quando não assegurado o direito à igualdade. Por sua vez, esvaziado, revela-se o direito à igualdade quando não assegurada a liberdade.⁵⁹

Conclui, assim, a autora, que

sem a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais, enquanto, sem a realização dos direitos civis e políticos, ou seja, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos, sociais e culturais carecem de verdadeira significação.⁶⁰

Essa concepção contemporânea dos direitos humanos há de ser aceita de forma unânime pela comunidade internacional, não sendo mais possível contestar suas características, mormente ante a sua positivação nos documentos internacionais já mencionados. E com escopo em tal concepção foi construído todo o sistema de proteção internacional aos direitos humanos, superando dogmas doutrinários como o tradicional conceito de soberania, na medida em que a natureza de tais direitos torna impositiva uma proteção mais efetiva, capaz de ultrapassar as fronteiras entre os países.

Contudo, o reconhecimento da supranacionalidade de tais direitos, bem como do fato de que pertencem a seus titulares tão só como consequência de sua

⁵⁹ Ob. cit., p. 146.

⁶⁰ Ob. cit., p. 147.

condição humana, não torna isenta de problemas a questão de sua proteção na esfera internacional, como visto a seguir.

4. A internacionalização da proteção dos direitos humanos

Flávia Piovesan elenca como precedentes históricos da atual sistemática de proteção internacional dos direitos humanos o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho.⁶¹

O Direito Humanitário, também conhecido como Direito Internacional de Guerra, tinha por objetivo assegurar direitos fundamentais dos soldados e das populações envolvidos em conflitos bélicos. Sobre o Direito Humanitário, Jorge Miranda esclarece:

Remontando à Convenção de 1864, tem como fontes principais as quatro Convenções de Genebra de 1949 e os seus princípios devem aplicar-se hoje quer às guerras internacionais, quer às guerras civis e outros conflitos armados. A proteção humanitária refere-se a situações de extrema necessidade, integráveis no chamado Direito internacional de guerra, e em que avulta o confronto com um poder exterior [...]. Sob este aspecto, aproxima-se da proteção internacional dos direitos do homem [...].⁶²

A Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho foram criadas após o término da Primeira Guerra Mundial. A Liga das Nações surgiu como resposta aos horrores de uma guerra que atingiu uma escala mundial e tinha por objetivo promover a paz e a segurança internacionais. Já a Organização Mundial do Trabalho surgiu como uma tentativa de estabelecer parâmetros internacionais para as condições de trabalho, fazendo-o por meio de convenções internacionais.

Esses três precedentes históricos sinalizam uma mudança significativa nas relações internacionais, na medida em que seus objetos não se voltam às relações entre os Estados (enquanto unidades políticas), mas têm por centro de interesse os direitos fundamentais relativos aos indivíduos que integram os Estados. Duas consequências da adoção dessa nova concepção de direito internacional são inevitáveis: a relativização do conceito de soberania e a aceitação do indivíduo como sujeito de Direito Internacional (rompendo com a tradição de se considerar

⁶¹ Ob. cit., p. 114.

⁶² MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, p. 192-3.

apenas os Estados como sujeitos desse ramo do direito) – consequências estas que começaram a ser esboçadas a partir dos mencionados precedentes históricos, consolidando-se de forma peremptória a partir do término da Segunda Guerra Mundial.

Acerca do reconhecimento do indivíduo como sujeito de direito internacional, esclarece Antônio Augusto Cançado Trindade que o

ser humano passa a ocupar, em nossos dias, a posição central que lhe corresponde, como *sujeito do direito tanto interno quanto internacional*, em meio ao processo de *humanização* do Direito Internacional, o qual passa a se ocupar mais diretamente da identificação e realização de valores e metas comuns superiores. A titularidade jurídica internacional do ser humano é hoje uma realidade inegável, cabendo agora consolidar sua plena capacidade jurídica processual no plano internacional.⁶³

André de Carvalho Ramos, por sua vez, salienta que a

participação do indivíduo enquanto agente ativo em procedimentos internacionais é verdadeiro marco neste século XX para a comunidade internacional, já que, anteriormente, o Direito Internacional Geral não oferecia aos indivíduos possibilidades de agir em nome próprio na esfera internacional”.

O autor acrescenta:

a generalização da proteção dos direitos humanos foi decisiva na ampliação da legitimidade ativa do indivíduo no âmbito internacional. Desse modo, no século XX, firmou-se a progressiva aceitação da capacidade processual do indivíduo, quando expressamente conferida pelos Estados, componentes naturais da comunidade internacional.⁶⁴

Contudo, o fato histórico cujas consequências levaram à completa reformulação do sistema de proteção internacional (reformulação de um sistema que, sem desconsiderar as premissas históricas sobre as quais fora edificado,

⁶³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A humanização do direito internacional*, p. 17-8.

⁶⁴ RAMOS, André de Carvalho. *A expansão do direito internacional e a Constituição brasileira: novos desafios*. In SAMPAIO, José Adércio Leite (org.), *Crise e desafios da Constituição*, p. 299.

sobre elas se reinventou quase totalmente) foi, indiscutivelmente, a Segunda Guerra Mundial, além dos trágicos acontecimentos que, ao seu término, chegaram ao conhecimento da comunidade mundial.

Com efeito, o caráter internacional dos direitos humanos, enquanto direitos inerentes à própria condição humana, assim como seu imediato corolário – a necessidade de proteção de tais direitos em âmbito internacional, dada sua universalidade, que faz com que sua defesa extrapole os interesses internos dos países, levando, inclusive, a uma reformulação do conceito de soberania – embora já tivesse sido reconhecido pelos mencionados precedentes históricos, ganhou relevo sobretudo a partir do término da Segunda Guerra Mundial, quando os julgamentos dos criminosos nazistas pelo Tribunal de Nuremberg expôs ao mundo a amplitude da barbárie perpetrada não contra exércitos inimigos, mas contra populações indefesas.

Os julgamentos de Nuremberg evidenciaram quão falível era a crença na capacidade do positivismo jurídico de regular a contento as demandas da sociedade, na medida em que o argumento principal da defesa dos criminosos nazistas consistiu na alegação de cumprimento da legislação vigente – em suma, de observância ao primado da legalidade.⁶⁵ Se, como afirmado anteriormente, tal argumento comprovou a necessidade de uma reaproximação entre direito e ética, os fatos então apurados, por outro lado, despertaram a atenção da comunidade mundial para a circunstância de que certos direitos são inerentes à condição humana, a par de sua positivação.

⁶⁵ Emblemático, nesse sentido, é o julgamento de Adolf Eichmann, analisado a fundo por Hannah Arendt na obra *Eichmann em Jerusalém*, na qual a autora cunha a consagrada expressão “banalidade do mal”. Com efeito, Arendt demonstra que, ao invés do monstro imoral que o público e os juízes esperavam encontrar, a figura de Eichmann apequena-se na de um burocrata medíocre e desprovido de vida interior, que se limitava a obedecer as ordens que lhe eram dadas sem lhes aplicar qualquer julgamento moral – ainda que tais ordens significassem a morte sistemática de milhares de pessoas indefesas. Nas palavras da autora: “[...] quando falo da banalidade do mal, falo num nível estritamente factual, apontando um fenômeno que nos encarou de frente no julgamento. Eichmann não era nenhum Iago, nenhum Macbeth, e nada estaria mais distante de sua mente do que a determinação de Ricardo III de ‘se provar um vilão’. A não ser por sua extraordinária aplicação em obter progressos pessoais, ele não tinha nenhuma motivação. E essa aplicação em si não era de forma alguma criminosa; ele certamente nunca teria matado seu superior para ficar com seu posto. Para falarmos em termos coloquiais, ele simplesmente nunca percebeu o que estava fazendo” (ARENDDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*, p. 310).

Mais que isso, consolidou-se a percepção de que a existência de um sistema global de proteção poderia ter impedido que as violações dos direitos humanos constatadas ao término da guerra chegassem a patamares tão alarmantes.

De acordo com Flávia Piovesan,

no momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da vida humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. [...] Nesse cenário, o maior direito passa a ser, adotando a terminologia de Hannah Arendt, o direito a ser sujeito de direitos.⁶⁶

Constata-se assim o já mencionado caráter *responsivo* dos direitos humanos, que se afirmam com maior vigor na medida em que mais intensas se mostram as violações aos direitos inerentes à condição humana. Apurada a intensidade com que a vida e a dignidade humana foram alvitadas durante a guerra, impunha-se uma reformulação radical da sistemática protetiva até então existente. É novamente Flávia Piovesan quem esclarece:

Nesse contexto, desenha-se o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar sua reconstrução.

Nasce ainda a certeza de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao âmbito reservado de um Estado, porque releva tema de legítimo interesse internacional. Sob esse prisma, a violação dos direitos humanos não pode ser concebida como questão doméstica do Estado, e sim como problema de relevância internacional, como legítima preocupação da comunidade internacional.

A necessidade de uma ação internacional mais eficaz para a proteção dos direitos humanos impulsionou o processo de internacionalização desses direitos, culminando na criação da sistemática normativa de proteção internacional, que faz possível a responsabilização do Estado no domínio internacional quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na tarefa de proteger os direitos humanos.⁶⁷

⁶⁶ Ob. cit., p. 122.

⁶⁷ Ob. cit., p. 123.

Reconheceu-se, por conseguinte, ser necessária a criação de um sistema global de proteção dos direitos humanos, capaz de assegurar tais direitos a despeito (e para além) das fronteiras nacionais. O corolário do reconhecimento da universalidade dos direitos humanos foi a criação de um sistema internacional de monitoramento, conhecido como *international accountability*.

Como reação imediata aos horrores da guerra, os governos do Reino Unido, da França e da URSS celebraram um acordo (ao qual uma série de Estados integrantes das Nações Unidas aderiram) em que foi determinada a criação de um Tribunal para os julgamentos de crimes de guerra, contra a paz e contra a humanidade. Era o Tribunal de Nuremberg, cujos procedimentos foram fixados pelo chamado Acordo de Londres.

A criação do Tribunal de Nuremberg, bem como os julgamentos que nele tiveram lugar, suscitam polêmica ainda hoje, uma vez que, embora fosse um Tribunal penal, foi criado posteriormente aos fatos nele levados a julgamento. Criticou-se ainda o fato de que o costume internacional foi empregado como fundamento dos julgamentos. Finalmente, também se observou a diferença de tratamento entre os réus pertencentes aos países vitoriosos e aqueles pertencentes aos países derrotados na guerra, havendo não infundada crítica acerca da ausência de imparcialidade nos julgamentos.

As críticas ao Tribunal de Nuremberg (bem como ao Tribunal de Tóquio, criado sob circunstâncias similares) são efetivamente procedentes. Contudo, não se pode deixar de reconhecer sua relevância para a consolidação da proteção internacional dos direitos humanos, uma vez que o Acordo de Londres implicou a voluntária renúncia, por parte dos signatários, de parte de sua soberania nacional,⁶⁸

⁶⁸ Convém notar que é no mínimo questionável o entendimento de que a adesão voluntária de um Estado a um tratado internacional consubstancia efetivamente uma mitigação de sua soberania. Com efeito, é possível enxergar em tal ato um legítimo exercício de soberania e de autodeterminação. Nesse sentido, aliás, observa Antônio Augusto Cançado Trindade que “no caso *Wimbledon* (julgamento de 17.08.1923), a CPJI esclareceu que a 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” (*A humanização do Direito Internacional*, p. 44). Contudo, se for adotado o conceito tradicional de soberania, segundo o qual o governo de um Estado não se subordinaria a qualquer autoridade superior nem reconhece qualquer poder superior para efetivar o exercício de

bem como reconhecimento de que indivíduos (e não mais apenas Estados) têm direitos que devem ser reconhecidos e respeitados em âmbito internacional. Além disso, é de se registrar também o ineditismo do julgamento e da condenação, na esfera internacional, de indivíduos (e não mais apenas Estados) pela prática de violações a direitos humanos.

No mais, cumpre observar que as críticas formuladas ao Tribunal de Nuremberg, assim como as relativas a outros dois Tribunais *ad hoc* (ambos criados na década de 1990, mediante Resoluções do Conselho de Segurança da ONU, para julgar crimes de guerra ocorridos na Iugoslávia e em Ruanda), que também tiveram papel de destaque na consolidação dos direitos humanos, deram ensejo à criação do Tribunal Penal Internacional, cujo Estatuto foi aprovado em 17 de julho de 1998, na Conferência de Roma, tendo entrado em vigor em 1º de julho de 2002.

Também como decorrência da Segunda Guerra Mundial, a criação da Organização das Nações Unidas inaugura um novo momento da ordem jurídica internacional.

Um dos mais relevantes passos nesse sentido consistiu na elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Todavia, como apontado anteriormente, instaurou-se acalorado debate acerca de sua força vinculante, uma vez que a Declaração não era um tratado.

A consolidação do sistema protetivo só ocorreu de fato em 1966, com a elaboração dos Pactos Internacionais dos Direitos Civis e Políticos e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os quais, juntamente com a Declaração de 1948, compõem a Carta Internacional dos Direitos Humanos, consubstanciam o sustentáculo de todo o sistema de proteção que, a partir de então, efetivamente se desenvolveu.

Tais fatos são assim sintetizados por Flávia Piovesan:

suas competências, é possível afirmar que a celebração de um tratado internacional implicaria uma mitigação da soberania. Mais adequado, porém, é entender que o próprio conceito de soberania sofreu uma alteração substancial, decorrente da maior interdependência entre os países na atualidade, bem como do fortalecimento da comunidade internacional. Sob tal ótica, o reconhecimento da ordem internacional é antes um pressuposto da soberania, não um obstáculo a ela. Assim, a afirmação de “renúncia de parte da soberania” há de ser compreendida em seu devido contexto.

Todavia, sob um enfoque estritamente legalista (não compartilhado por este trabalho), a Declaração Universal, em si mesma, não apresenta força jurídica obrigatória e vinculante. Nessa visão, assumindo a forma de declaração (e não de tratado), vem a atestar o reconhecimento universal de direitos humanos fundamentais, consagrando um código comum a ser seguido por todos os Estados.

À luz desse raciocínio e considerando a ausência de força jurídica vinculante da Declaração, após a sua adoção, em 1948, instaurou-se larga discussão sobre qual seria a maneira mais eficaz de assegurar o reconhecimento e a observância universal dos direitos nela previstos. Prevaleceu, então, o entendimento de que a Declaração deveria ser “juridicizada” sob a forma de tratado internacional, que fosse juridicamente obrigatório e vinculante no âmbito do Direito Internacional.

Esse processo de “juridicização” da Declaração começou em 1949 e foi concluído apenas em 1996, com a elaboração de dois tratados internacionais distintos – o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – que passaram a incorporar os direitos constantes da Declaração Universal. Ao transformar os dispositivos da Declaração em previsões juridicamente vinculantes e obrigatórias, os dois pactos internacionais constituem referência necessária para o exame do regime normativo de proteção internacional dos direitos humanos.

Com efeito, a conjugação desses instrumentos internacionais simbolizou a mais significativa expressão do movimento internacional dos direitos humanos, apresentando central importância para o sistema de proteção em sua globalidade.

A partir da elaboração desses pactos se forma a Carta Internacional de Direitos Humanos, *International Bill of Rights*, integrada pela Declaração Universal de 1948 e pelos dois pactos internacionais de 1966. [...].

A Carta Internacional dos Direitos Humanos inaugura, assim, o sistema global de proteção desses direitos, ao lado do qual já se delineava o sistema regional de proteção, nos âmbitos europeu, interamericano e, posteriormente, africano [...].

O sistema global, por sua vez, viria a ser ampliado com o advento de diversos tratados multilaterais de direitos humanos, pertinentes a determinadas e específicas violações de direitos.⁶⁹

É importante notar que a globalização da proteção internacional dos direitos humanos não teve o objetivo de substituir ou se sobrepor às ordens jurídicas internas ou regionais, mas complementá-las de forma subsidiária, como, de resto, ocorre também com os sistemas regionais. Com efeito, a proteção dos direitos humanos incumbe, em primeiro lugar, aos Estados e às suas ordens jurídicas

⁶⁹ Ob. cit., p. 161-2.

internas, cabendo à comunidade internacional (tanto no âmbito regional como na esfera global) atuar de forma subsidiária, especialmente quando a proteção interna se revela insuficiente ou ineficaz.

Tais circunstâncias, ao lado da própria natureza universal e indivisível dos direitos sobre os quais tais sistemas versam, foram os fundamentos da elaboração de dois sistemas de proteção de caráter supranacional – o sistema global, fundado principalmente na Carta Internacional dos Direitos Humanos, e o sistema regional, atualmente consolidado em três subsistemas – o europeu, o interamericano e o africano – havendo, ainda, a aspiração à criação dos sistemas regionais árabe e asiático, ainda em suas fases iniciais de implementação.

Pretende-se que o sistema global, os sistemas regionais e os sistemas internos dos Estados convivam harmoniosamente, sendo aqueles subsidiários e complementares destes, o que, no entanto, não impede a ocorrência de antinomias entre os sistemas, como se verá adiante.

4.1. O sistema global de proteção

Criada pela Carta das Nações Unidas de 1945, a Organização das Nações Unidas é a mais relevante instituição de proteção internacional dos direitos humanos no âmbito global.

É composta por diversos órgãos, dos quais os mais relevantes são a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança (responsável pela manutenção da paz e da segurança internacionais), a Corte Internacional de Justiça (o principal órgão judicial da ONU) e o Conselho Econômico e Social, dentre outros.

De inegável relevância para o objeto do presente estudo é a criação, em 2006, do Conselho de Direitos Humanos (em substituição à antiga Comissão de Direitos Humanos), em consonância com os três objetivos principais da ONU (manter a paz e a segurança internacionais, lidar com questões internacionais nas áreas social e econômica e promover a defesa dos direitos humanos), que passa, assim, a contar com três Conselhos, cada um voltado a um de seus propósitos

principais (o Conselho de Segurança, o Conselho Econômico e Social e o Conselho de Direitos Humanos).

O mais relevante instrumento do qual se vale a ONU para alcançar seus objetivos é, sem dúvida, a chamada Carta Internacional dos Direitos Humanos, composta, como anteriormente apontado, pela Declaração Universal de 1948 e pelos Pactos de Direitos Cíveis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966 (bem como seus respectivos Protocolos), que “judicializaram” a Declaração.

É certo que tais documentos não bastam para garantir todos os direitos humanos que necessitam de proteção na esfera internacional – ainda mais em um mundo tão interligado e diversificado como o atual – razão pela qual existem inúmeras convenções, relativas a direitos específicos, como resultado do processo de “especificação” a que faz menção Bobbio. E, evidentemente, o número de convenções tenderá a aumentar, à medida que a necessidade se fizer presente.

Em regra, os documentos internacionais apresentam a sistemática de relatórios que devem ser elaborados pelos Estados-partes. Alguns documentos estabelecem, ainda, o sistema de comunicações interestatais e o sistema de petições ou comunicações individuais, por meio de protocolos ou cláusulas facultativos. Não sendo o objeto central do presente estudo a análise aprofundada da sistemática internacional de proteção dos direitos humanos, destacam-se apenas as linhas gerais de atuação e os principais instrumentos e entidades que compõem tal sistema.

De relevância ímpar para o sistema global de proteção é o Tribunal Penal Internacional, criado, como já mencionado, pelo Estatuto de Roma, em 1998, e que teve como precedentes históricos os Tribunais de Nuremberg e de Tóquio, criados ao término da Segunda Guerra Mundial, bem como os Tribunais *ad hoc* da Bósnia e de Ruanda, constituídos pelo Conselho de Segurança da ONU em 1993 e 1994, respectivamente.

Da conhecida classificação de Bobbio, segundo a qual “as atividades até aqui implementadas pelos organismos internacionais, tendo em vista a tutela dos

direitos do homem, podem ser consideradas sob três aspectos: *promoção, controle e garantia*⁷⁰, afirma Flávia Piovesan que “até a aprovação do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, o sistema global de proteção só compreendia as atividades de promoção e de controle dos direitos humanos, não dispondo de um aparato de garantia desses direitos”.⁷¹

A criação do Tribunal Penal Internacional atende à necessidade da comunidade global (reiterada nas críticas formuladas aos Tribunais internacionais anteriores) de possuir uma justiça preestabelecida, permanente e imparcial, complementar e subsidiária à atuação interna dos Estados (o que é expressamente determinado no art. 1º de seu Estatuto).

A esse respeito, Valerio de Oliveira Mazzuoli faz as seguintes considerações:

Não obstante o entendimento da consciência coletiva mundial de que aqueles que perpetraram atos bárbaros e monstruosos contra a dignidade humana devam ser punidos internacionalmente, os tribunais *ad hoc* acima mencionados não passaram imunes a críticas, dentre elas a de que tais tribunais (que têm caráter temporário e não permanente) foram criados por Resoluções do Conselho de Segurança da ONU (sob o amparo do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas), e não por tratados internacionais multilaterais, como foi o caso do Tribunal Penal Internacional, o que prejudica (pelo menos em parte) o estabelecimento concreto de uma Justiça Penal Internacional. Estabelecer tribunais *ad hoc* por meio de resoluções significa torná-los órgãos subsidiários do Conselho de Segurança da ONU, para cuja aprovação não se requer mais do que nove votos de seus quinze membros, incluídos os cinco permanentes (art. 27, § 3º, da Carta das Nações Unidas). Este era, aliás, um argumento importante, no caso da antiga Iugoslávia, a favor do modelo do Conselho de Segurança, na medida em que o modelo de *tratado* seria muito moroso ou incerto, podendo levar anos para sua conclusão.

Ainda que existam dúvidas acerca do alcance da Carta das Nações Unidas em relação à legitimação do Conselho de Segurança da ONU para a criação de instâncias judiciais internacionais, as atrocidades e os horrores cometidos são de tal ordem e de tal dimensão que parece justificável chegar-se a esse tipo de exercício, ainda mais quando se têm como certas algumas contribuições desses tribunais para a teoria da responsabilidade penal internacional dos indivíduos, a exemplo do não reconhecimento das imunidades de jurisdição para crimes definidos pelo Direito Internacional e do não reconhecimento de ordens

⁷⁰ Ob. cit., p. 38.

⁷¹ Ob. cit., p. 233.

superiores como excludente de responsabilidade internacional. Entretanto, a grande mácula da Carta da ONU, neste ponto, ainda é a de que jamais o Conselho de Segurança poderá criar tribunais com competência para julgar e punir eventuais crimes cometidos por nacionais dos seus Estados-membros com assento permanente.

Daí o motivo pelo qual avultava de importância a criação e o estabelecimento efetivo de uma corte penal internacional permanente, universal e imparcial [...].⁷²

O mesmo autor salienta que a

instituição de tribunais internacionais é consequência da tendência jurisdicionalizante do Direito Internacional contemporâneo. Neste momento em que se presencia a fase da jurisdicionalização do *direito das gentes*, a sociedade internacional fomenta a criação de tribunais internacionais de variada natureza, para resolver questões das mais diversas, apresentadas no contexto das relações internacionais. A partir daqui é que pode ser compreendido o anseio generalizado pela criação de uma Justiça Penal Internacional, que dignifique e fortaleça a proteção internacional dos direitos humanos no plano global.⁷³

O Estatuto do Tribunal é aplicável indistintamente a qualquer pessoa, independentemente do cargo que ocupe na ordem interna de determinado Estado (conforme o art. 27 do Estatuto), o que o torna relevante instrumento contra o arbítrio de autoridades totalitárias.

Embora o Direito Internacional ainda esteja em desenvolvimento no que tange à responsabilidade criminal internacional, sendo o Tribunal Penal Internacional um relevante passo nesse sentido, especialmente por superar a metodologia dos Tribunais *ad hoc*, a sistemática empregada não deixa de suscitar críticas. Nesse tocante, observam Steven R. Ratner e Jason S. Abrams que

⁷² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. “O Tribunal Penal Internacional: integração ao direito brasileiro e sua importância para a justiça penal internacional”. In: NOVELINO, Marcelo (org). *Leituras complementares de Direito Constitucional – Direitos Humanos e Direitos Fundamentais*, p. 78-9.

⁷³ Idem, p. 79. Salienta ainda o autor que a “sociedade internacional, contudo, tem pretendido consagrar a responsabilidade penal internacional desde o final da Primeira Guerra Mundial, quando o Tratado de Versalhes clamou, sem sucesso, pelo julgamento do ex-Kaiser Guilherme II por ofensa à moralidade internacional e à autoridade dos tratados, bem como quando o Tratado de Sèvres, jamais ratificado, pretendeu responsabilizar o Governo Otomano pelo massacre dos armênios”, observando que, a despeito da crítica a tais critérios, estes foram empregados preliminarmente no Acordo de Londres (ibidem, p. 79).

para o futuro previsível, o Direito Penal Internacional parece destinado a continuar a ser o produto de um processo de prescrição *ad hoc*, em vez de objeto de uma Código Penal internacional amplamente aceito. Este destino para tal empreitada é a decorrência da decisão tomada pelos governos de evitar um código único e autoritário em favor da penalização de um número limitado de atos.⁷⁴

Expostas as principais características dos mecanismos convencionais de proteção dos direitos humanos no sistema global, acresce observar a existência também de mecanismos considerados não convencionais, oriundos de resoluções elaboradas por órgãos da ONU.

Traçando a diferença entre os mecanismos convencionais e os não convencionais, esclarecem Steiner e Alston que os

órgãos baseados em convenções se distinguem por: uma clientela limitada aos Estados-partes da Convenção em questão; temas decorrentes dos termos da Convenção; uma preocupação particular com o desenvolvimento de um entendimento normativo dos direitos relevantes; um número limitado de opções quanto aos procedimentos para lidar com as violações; um processo decisório baseado o quanto possível no consenso; e usualmente um relacionamento não conflitivo com os Estados-partes (especificamente com respeito aos relatórios apresentados pelos Estados), pautado em um conceito de “diálogo construtivo”. Em contraste, os órgãos políticos geralmente: focalizam-se em uma gama diversificada de temas; insistem que todos os Estados sejam clientes (ou requeridos) em potencial, a despeito de suas obrigações convencionais específicas; trabalham com base em um mandato passível de constante ampliação, que deveria ser apto a responder às crises na medida em que fossem surgindo; engajam-se, em último caso, em ações conflitivas no tocante aos Estados; pautam-se mais fortemente em informações trazidas por ONG's e na opinião pública para assegurar a efetividade de seu trabalho; tomam decisões pelo fortemente contestado voto da maioria; concedem relativamente pouca atenção a questões normativas; e são consideravelmente reticentes em estabelecer estruturas procedimentais específicas, preferindo uma aproximação *ad hoc* na maioria das situações.⁷⁵

⁷⁴ RATNER, Steven S. e ABRAMS, Jason S. *Accountability for human rights atrocities in international law. Beyond the Nuremberg Legacy*, p. 331-2. No original: “For the foreseeable future, international criminal law seems destined to remain the product of an *ad hoc* process of prescription, rather than the subject of a widely accepted international criminal code. This fate for the enterprise is the result of the decision made by governments to avoid a single, authoritative code in favor of penalizing a limited number of acts in various ways”.

⁷⁵ STEINER, Henry J. e ALSTON, Philip. *International human rights in context*, p. 601-2. Apud PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 239.

A escolha entre o emprego de mecanismos convencionais e não convencionais há de depender das circunstâncias e da opção que garanta maior efetividade à defesa do direito, como ilustra Flávia Piovesan:

Nessa linha, a escolha de mecanismos não convencionais, ilustrativamente, poder-se-ia pautar na inexistência de Convenções específicas sobre o direito violado, na ausência de ratificação pelo Estado-violador de uma Convenção determinada ou na existência de forte opinião pública favorável à adoção de medidas de combate à violação. Já a escolha de mecanismos convencionais poder-se-ia basear na efetiva ratificação de uma Convenção específica pelo Estado-violador, na ausência de vontade política dos membros da Comissão em adotar medidas contra as violações cometidas por determinado Estado, na intenção de construir precedentes normativos ou na inexistência de opinião pública suficientemente forte para legitimar um procedimento de elevada natureza política, como são os procedimentos adotados pela então Comissão de Direitos Humanos.⁷⁶

São estes, em síntese, os delineamentos básicos do sistema global de proteção, que, juntamente com o sistema regional, a seguir exposto, constitui a ordem protetiva a ser subsidiariamente adotada pelos Estados, quando seus ordenamentos internos se mostram falhos na defesa dos direitos humanos.

4.2. Os sistemas regionais de proteção

Os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, embora também marcados pela supranacionalidade, têm alcance mais restrito que o sistema global, na medida em que se voltam à proteção dos direitos humanos num espaço territorial delimitado, numa determinada região do globo.

Os sistemas global e regional não apresentam conflitos hierárquicos, mas trabalham lado a lado, um complementando o outro. Uma vez que o sistema global tem por objeto uma realidade mais abrangente, seus parâmetros se pautam por uma maior generalidade, cabendo aos sistemas regionais – porque voltados a um

⁷⁶ Ob. cit., p. 239.

campo mais restrito e, por conseguinte, mais suscetível de regulamentação específica – atuar de forma mais detalhada.

Com efeito, os sistemas regionais são pensados tendo em vista os problemas específicos de determinada região, o que lhes possibilita ser mais minuciosos do que o sistema global na busca de soluções.

Uma vez que os sistemas se complementam, inexistente uma real dicotomia entre eles, cabendo a quem tiver um direito violado buscar o instrumento que lhe seja mais favorável.

Há três grandes sistemas regionais de proteção – o europeu, o interamericano e o africano. Henry Steiner acrescenta ainda que “há um incipiente sistema árabe e a proposta de criação de um sistema regional asiático”.⁷⁷ Cada sistema regional conta com institutos, órgãos e mecanismos de proteção e monitoramento próprios, apresentando cada qual sua própria dinâmica, atinente às particularidades e circunstâncias regionais. Outrossim, não se pode desconsiderar a influência que o sistema europeu, mais antigo, consolidado e bem estruturado que o interamericano e o africano, exerce sobre estes.

Como se verá a seguir, a efetividade dos sistemas regionais é maior nas regiões em que a supranacionalidade se encontra mais desenvolvida, sendo menor nas regiões em que a interdependência entre os países é menor.

4.2.1. Sistema europeu

O sistema europeu é indiscutivelmente o mais desenvolvido dos três principais sistemas regionais de proteção, o que se explica pelo fato de que a Europa é a região em que a inter-relação entre os países, decorrente da formação do “bloco” conhecido como União Europeia, alcançou o estágio mais avançado de evolução.

Outra razão de seu notável desenvolvimento é o fato de que sua concepção remonta ao término da Segunda Guerra Mundial. Também não se pode deixar de

⁷⁷ STEINER, Henry. *Regional arrangements: general introduction*. Apud PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 251.

reconhecer que os países europeus, por razões históricas, têm, via de regra, instituições mais consolidadas que as dos países integrantes dos demais sistemas regionais.

Nesse sentido, afirma Flávia Piovesan:

Dos sistemas regionais existentes, o europeu é o mais consolidado e amadurecido, exercendo forte influência sobre os demais – os sistemas interamericano e africano.

Nasce como resposta aos horrores perpetrados ao longo da Segunda Guerra Mundial, com a perspectiva de estabelecer parâmetros protetivos mínimos atinentes à dignidade humana. Tem ainda por vocação evitar e prevenir a ocorrência de violações a direitos humanos, significando a ruptura com a barbárie totalitária, sob o marco do processo de integração europeia e da afirmação dos valores da democracia, do Estado de Direito e dos direitos humanos.

A compreensão do sistema europeu demanda que se enfatize o contexto no qual ele emerge: um contexto de ruptura e de reconstrução dos direitos humanos, caracterizado pela busca de integração e cooperação dos países da Europa ocidental, bem como de consolidação, fortalecimento e expansão de seus valores, dentre eles a proteção dos direitos humanos. A Convenção é fruto do processo de integração europeia, e tem servido como relevante instrumento para seu fortalecimento. [...] Observe-se que, diversamente dos sistemas regionais interamericano e africano, o europeu alcança uma região relativamente homogênea, com a sólida instituição do regime democrático e do Estado de Direito. Com a inclusão dos países do Leste Europeu, todavia, maior diversidade e heterogeneidade têm sido agregadas, o que passa a abarcar o desafio do sistema em enfrentar situações de graves e sistemáticas violações aos direitos humanos, somadas a incipientes regimes democráticos e a Estados de Direito ainda em construção.

Ressalte-se que, dos sistemas regionais, é o europeu o que traduz a mais extraordinária experiência de justicialização de direitos humanos, por meio da atuação da Corte Europeia. Isto é, o sistema europeu não apenas elenca um catálogo de direitos, mas institui um sistema inédito que permite a proteção judicial dos direitos e liberdades nele previstos.⁷⁸

O mais relevante instrumento de proteção do sistema europeu é a Convenção Europeia de Direitos Humanos, adotada pelos Estados-membros do Conselho da Europa (que fora criado ao término da Segunda Guerra Mundial) em 1950. Por meio dessa Convenção, os Estados signatários se comprometeram a aceitar a competência de um tribunal internacional para julgar questões internas e a

⁷⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*, p. 63-4.

respeitar os direitos humanos nela enunciados (os quais, inicialmente, compreendiam apenas direitos civis e políticos. Os direitos econômicos, sociais e culturais só foram assegurados por meio da Carta Social Europeia, que entrou em vigor apenas em 1965).

O principal órgão jurisdicional do sistema europeu é a Corte Europeia de Direitos Humanos permanente, criada em 1998, em substituição à Comissão e à Corte Europeias então vigentes (que atuavam em tempo parcial e dividiam as tarefas de monitoramento, as quais foram aglutinadas na nova Corte permanente).

A substituição se deu por meio do Protocolo n. 11 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, documento que representou substancial avanço na proteção de tais direitos perante o sistema europeu, na medida em que passou a admitir o direito de petição de indivíduos, grupos de indivíduos e ONGs junto à Corte, que possui competências tanto consultivas quanto contenciosas.⁷⁹

O descumprimento das decisões da Corte pode levar o Estado à expulsão do Conselho da Europa, nos termos dos arts. 3º e 8º de seu Estatuto, salientando Flávia Piovesan, ainda, que

outras pressões, de natureza diversa, devem ser conjugadas para encorajar os Estados ao cumprimento dos parâmetros internacionais. Dentre elas, destaca-se o interesse coletivo em prol da estabilidade na Europa; pressões diplomáticas; interesse em integrar a União Europeia (um *good record* em Strasbourg é visto como relevante pré-condição); e o *power of shame* ou *power of embarrassment* pelo risco de ser considerado um Estado-violador no âmbito do Comitê de Ministros.

⁷⁹ Acerca da competência consultiva da Corte Europeia, observa Flávia Piovesan que “há a restrição de que tais opiniões consultivas não devam referir-se a qualquer questão afeta ao conteúdo ou ao alcance dos direitos e liberdades enunciados na Convenção e em seus Protocolos, ou mesmo a qualquer outra questão que a Corte ou o Comitê de Ministros possa levar em consideração em decorrência de sua competência. Tal restrição tem sido objeto de agudas críticas doutrinárias, por limitar em demasia a competência consultiva da Corte. Isso explica o porque de a Corte Europeia não ter proferido, até 2005, qualquer opinião consultiva. Nesse aspecto, observe-se que as Cortes Interamericana e Africana de Direitos Humanos apresentam ampla competência consultiva, sem as fortes restrições sofridas pela competência da Corte Europeia, com base no § 2º do art. 47 da Convenção” (in PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*, p. 75-6).

Evidentemente, o fato de o sistema europeu ter por âmbito de incidência uma região altamente desenvolvida e que conta com instituições consolidadas ao longo do tempo contribui para a sua eficácia. Como afirma Flávia Piovesan, o

sistema europeu tem revelado alto grau de cumprimento das decisões da Corte, seja por envolver países que tradicionalmente acolhem o princípio do Estado de Direito, seja por expressar a identidade de valores democráticos e de direitos humanos compartilhados por aqueles Estados na busca da integração política, seja ainda pela credibilidade alcançada pela Corte, por atuar com justiça, equilíbrio e rigor intelectual.⁸⁰

Tais circunstâncias justificam, ainda, a já apontada influência que o sistema europeu exerce sobre os demais. Contudo, como se verá a seguir, pelas próprias peculiaridades inerentes às realidades sobre as quais os sistemas interamericano e africano incidem, tal influência não levou a graus similares de efetividade.

4.2.2. Sistema interamericano

Uma vez que o sistema interamericano foi edificado na seara de uma realidade substancialmente diferente da europeia, não surpreende que apresente uma dinâmica, um grau de desenvolvimento e uma efetividade distintos daqueles que caracterizam o sistema europeu.

Com efeito, esclarece Flávia Piovesan:

A análise do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos demanda seja considerado o seu contexto histórico, bem como as peculiaridades regionais. Trata-se de uma região marcada por elevado grau de exclusão e desigualdade social, ao qual se somam democracias em fase de consolidação. A região ainda convive com as reminiscências do legado dos regimes autoritários ditatoriais, com uma cultura de violência e de impunidade, com a baixa densidade dos Estados de Direito e com a precária tradição de respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico.

⁸⁰ *Direitos humanos e justiça internacional*, p. 84. É de se notar, no entanto, que a realidade vem demonstrando que a eficácia do *power of shame* é, no mínimo, questionável, uma vez que o eventual risco de constrangimento internacional não tem evitado a violação dos direitos humanos, servindo, quando muito, de reforço a outros aparatos.

Dois períodos demarcam, assim, o contexto latino-americano: o período dos regimes ditatoriais e o período da transição política aos regimes democráticos, marcado pelo fim das ditaduras militares, na década de 80, na Argentina, no Chile, no Uruguai e no Brasil.⁸¹

Os processos de redemocratização, que, como aponta a autora, tiveram início na América Latina a partir da década de 1980, não lograram levar os países marcados por regimes ditatoriais, ao menos até o presente momento, à efetiva concretização do que os ordenamentos positivos surgidos com a redemocratização preconizam. Com efeito, é patente o hiato entre o que as Constituições preveem acerca da proteção dos direitos humanos e o que se constata na realidade. Nesse contexto, a existência de um sistema supranacional forte e efetivo, capaz de tornar realidade as previsões legais de proteção aos direitos humanos, revela-se da maior importância.

O instrumento mais relevante do sistema interamericano é a Convenção Americana de Direitos Humanos, ou Pacto de São José da Costa Rica, assinada em 1969 (apenas os países integrantes da Organização dos Estados Americanos puderam assiná-la, confirmando e robustecendo, dessa forma, sua natureza regional) e que, assim como a Convenção Europeia, privilegiou os direitos civis e políticos, omitindo os direitos sociais, econômicos e culturais (lacuna que só seria preenchida em 1988, com a edição do Protocolo de San Salvador, que só entrou em vigor em 1999).

O sistema de monitoramento dos direitos enunciados na Convenção é formado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana.

Cabe à Comissão promover a proteção dos direitos humanos na América, bem como examinar comunicações individuais, de grupos de indivíduos ou de ONGs, acerca de violações dos direitos assegurados pela Convenção. Tais sujeitos

⁸¹ *Direitos humanos e justiça internacional*, p. 85.

de direito não podem, contudo, peticionar junto à própria Corte – no sistema interamericano, apenas a Comissão e os Estados podem fazê-lo.⁸²

A Corte Interamericana é o órgão jurisdicional do sistema interamericano, apresentando, assim como a Corte Europeia, competências consultiva e contenciosa,⁸³ as quais vem exercendo de modo cada vez mais visível, sobretudo a partir da adoção de seu novo regulamento em 2001, consolidando assim seu papel na garantia dos direitos humanos – ainda que (impõe-se reconhecer) haja um longo caminho a ser trilhado nesse sentido.⁸⁴

⁸² Informa Flávia Piovesan que o novo Regulamento da Comissão, datado de 1º de maio de 2001, ao prever a obrigatoriedade (e não mais, como até então, a discricionariedade) de a Comissão submeter casos à Corte Interamericana em caso de descumprimento de suas recomendações, introduziu, por conta da adoção de critérios objetivos e igualitários, a judicialização do sistema: “O sistema ganha maior tônica de juridicidade, reduzindo a seletividade política que, até então, era realizada pela Comissão Interamericana” (in *Direitos humanos e justiça internacional*, p. 97).

⁸³ Como afirmado anteriormente, a competência consultiva da Corte Interamericana não apresenta as mesmas restrições previstas para a Corte Europeia, razão pela qual a atuação daquela, no âmbito consultivo, é mais efetiva, a despeito da já apontada maior efetividade do sistema europeu como um todo, em relação aos demais.

Em relação à competência consultiva da Corte Interamericana, a doutrina costuma destacar a Opinião Consultiva n. 3, de 8 de setembro de 1983 na qual a Corte firmou posição no sentido da impossibilidade de adoção da pena de morte no Estado da Guatemala. No que tange à sua competência contenciosa, destacam-se o caso “Velásquez Rodríguez”, relativo ao desaparecimento forçado de Manfredo Velásquez no Estado de Honduras, que resultou em condenação do Estado ao pagamento de indenização aos familiares do desaparecido, e o famoso caso “Barrios Altos” no qual a Corte determinou a ineficácia de leis de anistia promulgadas no Peru, bem como a obrigatoriedade de reabertura das investigações judiciais sobre o “massacre de Barrios Altos”, por entender que o direito à verdade e o acesso à justiça são direitos amparados pela Convenção, razão pela qual as leis de anistia, ao conflitarem com a Convenção, não poderiam prevalecer.

O Brasil também já foi condenado junto à Corte Interamericana, no caso do Presídio Urso Branco, em razão da ocorrência de reiterados homicídios de presos dentro do próprio estabelecimento prisional no ano de 2002.

Em 14 de dezembro de 2010, a Corte considerou o Brasil responsável pelo desaparecimento forçado de 62 pessoas na Guerrilha do Araguaia, entre 1972 e 1974, durante o regime militar, e determinou que o governo investigue penalmente os fatos “por meio da Justiça ordinária” e puna os responsáveis (fonte: Agência Brasil. Disponível em: http://agenciabrasil.ebc.com.br/home;jsessionid=27BCB77978018BA1CFEF54F8D91A7BC0?p_p_id=56&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=2&p_p_col_count=3&56_groupId=19523&56_articleId=1121773). Acesso em 05.02.2011

⁸⁴ Flávia Piovesan reconhece que, a despeito da crescente judicialização do sistema interamericano, é necessário seu aprimoramento, apontando-se, para tanto, quatro propostas: “A primeira proposta atém-se à exigibilidade de cumprimento das decisões da Comissão e da Corte, com a adoção pelos Estados de legislação interna relativa à implementação das decisões internacionais em matéria de direitos humanos. A justicialização do sistema interamericano requer, necessariamente, a observância e o cumprimento das decisões internacionais no âmbito interno”; a segunda proposta “refere-se à previsão de sanção ao Estado que, de forma reiterada e sistemática, descumprir as decisões internacionais. A título de exemplo, poder-se-ia estabelecer a suspensão ou expulsão do

Não se pode deixar de reconhecer, no entanto, a influência que o sistema interamericano tem exercido sobre a atuação dos Estados, como aponta Valerio de Oliveira Mazzuoli:

O diálogo entre o sistema interamericano e os sistemas nacionais de proteção tem progredido à medida que os Estados condenados pela Corte Interamericana passam a tomar consciência de que o prejuízo de uma condenação internacional é maior do que o de uma condenação doméstica. Além do desgaste dos agentes do Estado, relativamente ao acompanhamento (no exterior) da tramitação do processo internacional de responsabilidade, existe ainda o desgaste *moral* do próprio Estado no seio da sociedade internacional, o qual passa a não mais contar com o *seal of approval* do direito internacional relativamente à sua condição de garantidor de direitos das pessoas.⁸⁵

Forçoso concluir, portanto, que, a despeito da necessidade de aprimoramento do sistema, sua atual configuração já apresenta resultados significativos, inclusive no âmbito interno dos Estados que o compõem.⁸⁶

4.2.3. Sistema africano

Dos três principais sistemas regionais, o sistema africano é o mais recente, uma vez que sua implantação ocorreu apenas na década de 1980, com a adoção da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos em 1981, cuja vigência

Estado pela Assembleia Geral da OEA”; a terceira proposta “compreende a demanda por maior democratização do sistema, permitindo o acesso direto do indivíduo à Corte Interamericana – hoje restrito apenas à Comissão e aos Estados”; finalmente, a quarta proposta, “de natureza logística, seria a instituição de funcionamento permanente da Comissão e da Corte, com recursos financeiros, técnicos e administrativos suficientes” (in *Direitos humanos e justiça internacional*, p. 116-8).

⁸⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e o direito interno*, p. 127. O desgaste moral a que se refere o autor corresponde ao *power of shame* ou *power of embarrassment* mencionado por Flávia Piovesan, cuja insuficiência – a despeito de sua inequívoca relevância – foi anteriormente apontada (cf. nota n. 80).

⁸⁶ George Rodrigo Bandeira Galindo aponta relevante mudança de parâmetro nos julgamentos da Corte Interamericana a partir de 1997, por ocasião do julgamento do caso *Suárez Rosero*, mudança esta que constitui indiscutível avanço na jurisprudência internacional dos direitos humanos, a demonstrar a evolução natural do sistema: “Destarte, o caso *Suárez Rosero* representa um marco na jurisprudência internacional. Pela primeira vez, a Corte considerou, em um caso contencioso, que a mera existência de uma lei violatória de direitos consagrados na Convenção Americana constituiria, *per se*, uma violação à mesma” (*Tratados internacionais de direitos humanos e Constituição brasileira*, p. 351).

iniciou-se somente em 1986 (como visto, o sistema europeu foi inaugurado logo após o término da Segunda Guerra Mundial, datando a Convenção Europeia de 1951; já o sistema interamericano teve início com a adoção da Convenção Americana de 1969).

Sendo o mais recente, e incidindo sobre um contexto social marcado pela miséria, pelo atraso, por inúmeros conflitos e por reiteradas violações aos direitos humanos, não surpreende que o sistema africano se mostre o menos efetivo dos três sistemas regionais. Além disso, seu perfil foi moldado de acordo com as singularidades do continente africano, o que lhe confere uma feição ímpar.⁸⁷

Seu principal instrumento é a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (a *Banjun Charter*), de 1981, que entrou em vigor em 1986, e que se diferencia da Convenção Europeia e da Convenção Americana, em primeiro lugar, por ostentar, já em sua nomenclatura, uma concepção menos individualista que suas congêneres (assim é que a menção aos direitos dos povos aponta para uma concepção coletivista, que toma por ponto de partida não o indivíduo, mas o povo enquanto ente coletivo).

A Carta Africana distingue-se das demais também por já prever um rol tanto de direitos políticos e civis quanto de direitos sociais, econômicos e culturais (já prevendo a unidade e indivisibilidade destes, adotando expressamente, por conseguinte, a concepção contemporânea de direitos humanos), bem como por expressar, já em seu preâmbulo, que “o gozo dos direitos e liberdades implica o cumprimento dos deveres de cada um”, alçando destarte os deveres ao mesmo patamar de importância que atribui aos direitos.

Inicialmente a Carta Africana não trouxe a previsão de um órgão jurisdicional nos moldes da Corte Europeia e da Corte Interamericana, determinando tão somente a criação da Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, de

⁸⁷ Evidentemente, todos os sistemas regionais apresentam particularidades inerentes aos contextos em que se aplicam e com base nos quais foram moldados. Contudo, a despeito das singularidades de cada sistema, é possível encontrar maiores semelhanças entre o sistema europeu e o interamericano (assim como entre os ambientes sociais aos quais se aplicam), e perceber peculiaridades mais agudas no sistema africano.

natureza mais política do que jurisdicional, em exercício desde 1987.⁸⁸ Contudo, pressionada por ONGs, a Comissão reconheceu a necessidade de criação de um órgão efetivamente jurisdicional, o que levou à elaboração do Protocolo da Carta Africana, em 1998, prevendo a criação da Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. O Protocolo entrou em vigor em 2004, instituindo a Corte, cuja atribuição é a de complementar e robustecer as funções da Comissão.

A Corte Africana, tal como suas congêneres europeia e americana, detém competências tanto consultivas quanto restritivas.⁸⁹ Contudo, diante dos imensos desafios que a realidade africana apresenta, bem como do fato de que sua criação é (especialmente em comparação às congêneres) bastante recente, ainda é cedo para avaliar o grau de efetividade que a Corte Africana terá na sua missão de fortalecer a defesa dos direitos humanos no continente africano.

A esse respeito, afirma Rachel Murray que

é difícil saber como a Corte funcionará. [...] Entretanto, a história do sistema africano aponta a questões que merecem ser vistas com cautela. Primeiramente, é essencial garantir que os juízes indicados tenham independência relativamente ao Estado, não sendo vulneráveis a pressões. Em segundo lugar, [...] não está clara a interação entre a Corte e a Comissão. Considerações devem ser feitas a respeito de como tal relação será desenvolvida a fim de assegurar sua eficácia. [...] Em terceiro lugar, destaca-se que o sistema africano de direitos humanos vem lutando constantemente em face da insuficiência de recursos por parte da Organização da União Africana, agora, União Africana. Em quarto lugar, o Protocolo

⁸⁸ Flávia Piovesan atenta para a natureza política ou “quase judicial” da Comissão, a quem incumbe “promover os direitos humanos e dos povos; elaborar estudos e pesquisas; formular princípios e regras; assegurar a proteção dos direitos humanos e dos povos; recorrer a métodos de investigação; criar relatórios temáticas específicas; adotar resoluções no campo dos direitos humanos; e interpretar os dispositivos da Carta. Compete-lhe ainda apreciar comunicações interestatais (nos termos dos arts. 47 a 49 da Carta), bem como petições encaminhadas por indivíduos ou ONGs que denunciem violação aos direitos humanos e dos povos enunciados na Carta (nos termos dos arts. 55 a 59 da Carta). Em ambos os procedimentos, buscará a comissão o alcance de uma solução amistosa”. A autora destaca ainda a importância das ONGs para o fomento do sistema africano (in *Direitos humanos e justiça internacional*, p. 125-7).

⁸⁹ Ressalte-se que a competência consultiva afigura-se, ao menos em teoria, mais ampla que a competência consultiva da Corte Europeia, tendo em vista as restrições que o sistema europeu impõe ao exercício de tal espécie de competência, como visto anteriormente. Contudo, diante do fato de que o respeito às instituições e a consolidação destas é um dado histórico e inconteste na Europa, e uma construção ainda incipiente no continente africano, é possível que a realidade venha a apresentar um quadro diametralmente inverso do que o constatado na posituação dos ordenamentos regionais.

estabelece que a Corte proferirá decisões legalmente vinculantes. [...] Considerações devem ser feitas para que existam procedimentos efetivos para garantir que qualquer Estado que violar a Carta seja compelido a cumprir a decisão da Corte.⁹⁰

Com efeito, dada a realidade africana, com os problemas decorrentes da miséria, do atraso, dos conflitos tribais e da sobrevivência de ditaduras brutais, a preocupação com a eficácia do sistema americano revela-se legítima. Observa, a esse respeito, Gino J. Naldi:

A adoção da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos [...] tem provado, até agora, ser um falso alvorecer para a promoção e proteção dos direitos humanos na África. Obinna Okere descreve a Carta Africana como “modesta em seus objetivos e flexível em seus meios”. Certamente, há certas características da Carta que têm causado preocupação. Mais do que outros instrumentos similares, as disposições substantivas da Carta Africana são equivocadamente redigidas. Além disso, é feito um uso desmedido de cláusulas restritivas que parecem tornar a efetivação de um direito dependente de leis locais ou da discricionariedade das autoridades nacionais.⁹¹

Nesse contexto de alta complexidade, a conjugação harmônica dos sistemas global e regional ganha enorme importância, na medida em que as pressões da comunidade internacional podem levar à evolução e ao fortalecimento do próprio sistema regional africano.

4.3. Relativismo e universalismo culturais

⁹⁰ MURRAY, Rachel. “The African Commission and the Court on Human and Peoples’ Rights”. In Rhona K. M. Smith e Christien van den Anker (eds.). *The essentials of human rights*, p. 8.

⁹¹ NALDI, Gino J. “Future trends in human rights in Africa: the increased role of the OAU?” In: EVANS, Malcolm e MURRAY, Rachel (eds.). *The African Charter of Human and Peoples’ Rights: the system in practice: 1986-2000*, p. 5-6. No original: “The adoption of the African Charter on Human and Peoples’ Rights [...] has largely proved to date to be a false dawn for the promotion and protection of human rights in Africa. Obinna Okere describes the African Charter as ‘modest in its objectives and flexible in its means’. Certainly, there are a number of features about the African Charter which have given cause for concern. More so than other comparable instruments, the substantive provisions of the African Charter are equivocally phrased. Moreover, extensive use is made of ‘clawback’ clauses that seem to make the enforcement of a right dependent on municipal law or at the discretion of the national authorities”.

Expostas, dessarte, as linhas básicas que norteiam os sistemas global e regional de proteção, acresce atentar para as dificuldades ínsitas à supranacionalidade que norteia tais formas de proteção dos direitos humanos.

Indiscutivelmente, um sistema de proteção que busca abarcar a espécie humana como um todo, e que tem o objetivo de se estender por todo o planeta, há de se deparar com desafios de considerável complexidade.

Se é inconteste a concepção de universalidade dos direitos humanos, também é inegável, por outro lado, que o gigantesco leque de culturas que integram a comunidade global ostenta desselemlhanças tão intensas que a busca por um eixo comum (ainda que consubstanciada num conteúdo mínimo) a todos inerente revela-se imensamente problemática. A proteção supranacional dos direitos humanos depara-se, assim, com desafios de imensa complexidade, cuja superação se revela igualmente complexa.

Dentre tais desafios, o debate que se instaurou entre os defensores do chamado relativismo cultural, de um lado, e os adeptos do denominado universalismo, do outro, consubstancia um dos mais emblemáticos exemplos do tipo de dificuldade que um sistema de proteção que se pretende universal tem de enfrentar. Uma dificuldade que, à toda evidência, extrapola o campo das ciências jurídicas, exigindo uma abordagem que leve em consideração tanto os aspectos políticos quanto os sociais, dentre outros, para que se chegue a uma solução minimamente razoável.

Com efeito, se os direitos humanos aspiram à universalidade, a elaboração de um rol de direitos comuns a toda humanidade, em qualquer local do globo, encontra um considerável desafio da pluralidade de culturas e de estágios de desenvolvimento que os povos, os países e as regiões apresentam.

Como já visto, uma das características dos direitos humanos é a sua historicidade. Surgindo em um determinado contexto (em regra como resposta à violação de uma determinada categoria de direito), a concepção básica de um direito humano gravita em torno do ambiente em que se origina. Assim é que, por exemplo, os direitos de liberdade, em seus primórdios, bem como os direitos de

igualdade, são, antes de mais nada, o fruto de uma específica maneira de pensar o mundo.

O consenso que se constrói na comunidade global acerca de um determinado direito humano raramente alcança a unanimidade absoluta entre os povos. As dissonâncias geralmente ocorrem em países cujas culturas têm menor similaridade com os valores do mundo ocidental (especialmente Europa e Américas) ou em países cujo grau de desenvolvimento é menor.

Também em razão das circunstâncias em que foi elaborada a Declaração Universal de 1948, bem como dos fatos que a ensejaram (os horrores da Segunda Guerra Mundial), a mentalidade que norteia a Declaração é predominantemente ocidental (a despeito da participação de países representantes dos blocos minoritários – como africanos e asiáticos – nos debates que levaram ao seu resultado final), o que, como mencionado anteriormente, constitui uma das mais vigorosas críticas à Declaração e à pretensão de universalidade de seus preceitos.

O debate não é novo nem se restringe ao mundo do direito – e ainda assim está longe de ser pacificado. A imensa dificuldade no trato da questão decorre da impossibilidade do distanciamento de algum dos (inúmeros) posicionamentos possíveis, pois quem quer que se proponha a tal análise há de estar inserido em um determinado ambiente cultural.

De fato, para qualquer indivíduo nascido e criado na cultura ocidental, a condenação de uma mulher islâmica ao apedrejamento por conta de infidelidade ao cônjuge ou a ablação da genitália feminina nas tribos africanas (para empregar dois exemplos extremos) constituem inequívocos atos de barbárie, verdadeiros atentados a direitos que, em tese, sequer necessitariam de positivação, porquanto decorrentes da própria natureza humana de seus titulares. Mas não se pode deixar de indagar se o mesmo indivíduo seria capaz de reconhecer a universalidade dos direitos em questão caso tivesse nascido e se criado no ambiente em que floresceram as culturas que admitem tais práticas.

Não se pode esquecer, como já afirmado anteriormente, que uma das mais severas críticas formuladas à Declaração de 1948 tinha por argumento central a

“ocidentalização” do documento. E se é fato que representantes de outras culturas efetivamente participaram do processo de sua elaboração, é inegável que os valores que dela defluem, conquanto busquem a universalidade, encontram maior eco justamente na cultura ocidental.

O debate sobre o tema consagrou duas grandes correntes antagônicas de pensamento: o universalismo e o relativismo.

Os defensores do relativismo sustentam que a determinação de um sistema de direitos está intimamente vinculada ao contexto e à época em que estes se configuram e se aplicam, inexistindo uma moral universal, válida em todos os tempos e lugares, apta a fundamentar um rol de direitos válido para absolutamente todos e em qualquer circunstância. Acerca da corrente relativista, preleciona Flávia Piovesan:

A concepção universal dos direitos humanos demarcada pela Declaração sofreu e sofre, entretanto, fortes resistências dos adeptos do movimento do relativismo cultural. O debate entre os universalistas e os relativistas culturais retoma o velho dilema sobre o alcance das normas de direitos humanos: podem elas ter um sentido universal ou são culturalmente relativas? Essa disputa alcança novo vigor em face do movimento internacional dos direitos humanos, na medida em que tal movimento flexibiliza as noções de soberania nacional e jurisdição doméstica, ao consagrar um parâmetro internacional mínimo, relativo à proteção dos direitos humanos, aos quais os Estados devem se conformar.

Para os relativistas, a noção de direito está estritamente relacionada ao sistema político, econômico, social e moral vigente em determinada sociedade. Sob esse prisma, cada cultura possui seu próprio discurso acerca dos direitos fundamentais, que está relacionado às específicas circunstâncias culturais e históricas de cada sociedade. Nesse sentido, acreditam os relativistas, o pluralismo cultural impede a formação de uma moral universal, tornando-se necessário que se respeitem as diferenças culturais apresentadas por cada sociedade, bem como seu peculiar sistema moral.

[...] Na ótica relativista há o primado do coletivismo. Isto é, o ponto de partida é a coletividade, e o indivíduo é percebido como parte integrante da sociedade. Como se verá, diversamente, na ótica universalista, há o primado do individualismo. O ponto de partida é o indivíduo, sua liberdade e autonomia, para que, então, se avance na percepção dos grupos e das coletividades.⁹²

⁹² PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 153-4.

A esse respeito, R. J. Vincent assim se manifesta:

O que a doutrina do relativismo cultural pretende? Primeiramente, ela sustenta que as regras sobre a moral variam de lugar para lugar. Em segundo lugar, ela afirma que a forma de compreensão dessa diversidade é colocar-se no contexto cultural em que ela se apresenta. E, em terceiro lugar, ela observa que as reivindicações morais derivam de um contexto cultural, que em si mesmo é a fonte de sua validade. Não há moral universal, já que a história do mundo é a história de uma pluralidade de culturas e, neste sentido, buscar uma universalidade, ou até mesmo o princípio da universalidade clamado por Kant, como critério para toda moralidade, é uma versão imperialista de tentar fazer com que valores de uma determinada cultura sejam gerais. [...] Há uma pluralidade de culturas no mundo e essas culturas produzem seus próprios valores.⁹³

Nesse sentido, Bhikhu Parekh observa que o relativismo

contém uma importante verdade, e portanto tem reiterado apelo. Ele insiste que nenhum modo de vida é objetivamente o melhor ou serve para todos, que a boa existência não pode ser definida independentemente das características dos indivíduos envolvidos, e que as crenças morais e os costumes não podem ser dissociados do modo mais amplo de vida e abstratamente julgados e classificados.⁹⁴

É evidente que a doutrina relativista não é acatada pelo direito internacional dos direitos humanos, uma vez que, como já demonstrado, este aspira à universalidade. Nesse tocante, esclarece Flávia Piovesan que

ainda que a prerrogativa de exercer a própria cultura seja um direito fundamental (inclusive previsto na Declaração Universal), nenhuma concessão é feita às “peculiaridades culturais” quando houver risco de violação a direitos humanos fundamentais. Isto é, para os universalistas o fundamento dos direitos humanos é a dignidade humana, como valor intrínseco à própria condição humana. Nesse sentido, qualquer afronta ao chamado “mínimo ético irredutível” que

⁹³ VINCENT, R. J. *Human rights and international relations*, p. 37-8.

⁹⁴ PAREKH, Bhikhu. “*Non-ethnocentric universalism*”. In: DUNNE, Tim e WHEELER, Nicholas J. *Human rights in global politics*, p. 133. No original: “Relativism contains an important truth, and hence it has continuing appeal. It rightly insists that no way of life is objectively the best or suits all, that the good life cannot be defined independently of the character of the individuals involved, and that moral beliefs and practices cannot be detached from the wider way of life and abstractly judged and graded”.

comprometa a dignidade humana, ainda que em nome da cultura, importará em violação a direitos humanos.⁹⁵

Colocada nesses termos, a universalidade, no entender dos relativistas, afigura-se inverídica, na medida em que significa, na realidade, uma tentativa de transformar em universais valores que são regionais (identificados, via de regra, como os valores do mundo ocidental).

O universalismo acatado pelo direito internacional dos direitos humanos não exclui o reconhecimento do direito fundamental ao exercício da própria cultura – o que, aliás, é expressamente previsto no inciso 1 do art. XXVII da Declaração Universal de 1948 –, desde que, evidentemente, esse exercício não afete o “mínimo irreduzível” que deflui como corolário da dignidade humana e de que cada integrante da espécie humana é titular.

Não se pode deixar de reconhecer, em tal previsão, um universalismo “fraco” e, sob certo aspecto, contraditório, a evidenciar que a crítica relativista não se encontra completamente desprovida de razão.

Com efeito, nos termos da Declaração Universal (termos, diga-se por oportuno, endossados pela corrente universalista), o respeito à diversidade cultural existe desde que não se viole um mínimo irreduzível dos direitos humanos. Quem, no entanto, estabelece qual é esse mínimo irreduzível? Cite-se, apenas à guisa de exemplo, os inúmeros tratados internacionais que tratam da vedação à discriminação da mulher – valor presente de modo cada vez mais consolidado no mundo ocidental, e que pode ser considerado um corolário da igualdade entre os homens preconizada na Declaração. Contudo, é possível objetar que tal concepção não prevalece no mundo islâmico nem em certas culturas orientais, sendo mesmo possível argumentar que no próprio mundo ocidental a conquista da igualdade entre homens e mulheres é fenômeno relativamente recente na história.

Assim, a afirmação de que a adoção do universalismo não consubstancia rejeição à diversidade, desde que esta respeite um mínimo ético irreduzível, esbarra

⁹⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 155.

no obstáculo da determinação do que vem a ser esse mínimo ético, e, principalmente, a quem incumbe determiná-lo.

O item 5 da Declaração de Viena de 1993 estabelece que

embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.

Afirma Flávia Piovesan que “a Declaração dos Direitos Humanos de Viena de 1993 acolheu a corrente do forte universalismo ou fraco relativismo cultural”,⁹⁶ o que, ao contrário do que sustenta a autora, não consolida uma resposta ao acalorado debate que remanesce acerca da questão.

Sem pretender fornecer uma resposta definitiva para a questão, resposta esta que parece inalcançável (uma vez que a adoção de uma corrente universalista ou relativista consubstancia uma opção não entre duas conclusões, mas entre duas premissas), a solução aparentemente mais adequada para lidar com o tema na esfera do direito internacional pode estar na escolha de um caminho que evite a dicotomia que se estabelece entre os dois posicionamentos.

Esta parece ser a proposta aventada por Joaquín Herrera Flores, que preconiza um universalismo como ponto de partida e não como ponto de chegada (o que o autor denomina “universalismo de confluência”):

Nossa visão complexa dos direitos baseia-se em uma racionalidade de resistência. Uma racionalidade que não nega que é possível chegar a uma síntese universal das diferentes opções relativas a direitos. [...] O que negamos é considerar o universal como um ponto de partida ou um ponto de desencontros. Ao universal há que se chegar – um universalismo de chegada ou de confluência – depois (não antes de) um processo conflitivo, discursivo de diálogo. Falamos de entrecruzamento e não de uma mera superposição de propostas.⁹⁷

⁹⁶ Idem, p. 158.

⁹⁷ FLORES, Joaquín Herrera. *Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência*, p. 7 (mimeo).

Essa concepção de um universalismo de confluência, portanto, pressupõe um afastamento da visão dicotômica que aparta universalistas e relativistas, propondo, acertadamente, a busca do universalismo como finalidade, como resultado de um processo dialético que prevê a interação entre os povos e o intercâmbio das culturas que compõem a diversidade. Esse diálogo, que há de ser visto como o principal instrumento para levar a uma forma de universalismo mais adequada do que a propugnada pela concepção dicotômica, que implique efetivo respeito à diversidade sem a imposição de qualquer espécie de valor (com os parâmetros do mínimo ético figurando como efetiva conquista racional), é adotado também por Flávia Piovesan:

Acredita-se, de igual modo, que a abertura do diálogo entre as culturas, com respeito à diversidade e com base no reconhecimento do outro, como ser pleno de dignidade e direitos, é condição para a celebração de uma cultura dos direitos humanos, inspirada pela observância do “mínimo ético irreduzível”, alcançado por um universalismo de confluência.

Esse universalismo de confluência, fomentado pelo ativo protagonismo da sociedade civil internacional, a partir de suas demandas e reivindicações morais, é que assegurará a legitimidade do processo de construção de parâmetros internacionais mínimos voltados à proteção dos direitos humanos.⁹⁸

Entendimento similar é esposado por Daniela Ikawa, para quem

a imposição de ideias, inerente ao universalismo radical, assim como o isolacionismo, presente no relativismo, não permitiriam a consolidação de novos direitos em diferentes culturas. É a comunicação, o diálogo entre as culturas, o instrumento central de reconhecimento da dignidade do outro, e, por conseguinte, o único instrumento possível de implementação dos direitos humanos.⁹⁹

Há de se ter em vista, na busca da consolidação de um eixo mínimo global de respeito à dignidade humana a ser adotado de forma unânime no mundo, que a aproximação entre os povos, nos termos atuais, é um fenômeno bastante recente

⁹⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 160.

⁹⁹ IKAWA, Daniela. *Universalismo, relativismo e direitos humanos*. In: RIBEIRO, Maria de Fátima e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito internacional dos direitos humanos. Estudos em homenagem à Profa. Flávia Piovesan*, p. 125.

na história mundial. O avanço das telecomunicações e dos transportes, que levou ao “encolhimento do mundo”, data de menos de um século. Mais do que a mera tradição cultural, em muitos aspectos o atraso e a inexistência de um processo social que leva a conquistas históricas são os maiores responsáveis pela não aceitação, por parte de certos povos, desse eixo mínimo que cada vez mais se consolida (reconheça-se) no mundo ocidental. Não é à toa que as práticas culturais mais bárbaras (por exemplo, a clitorectomia) têm espaço nos locais em que o desenvolvimento é mais lento e a miséria, mais gritante (como em diversos países do continente africano). E não se pode deixar de reconhecer que o isolamento de um povo em relação aos demais contribui para seu atraso – em todos os sentidos.

O mundo, contudo, torna-se menor a cada dia. A interação entre os povos é cada vez mais intensa, não só no âmbito cultural, mas também nas esferas econômica, tecnológica etc. O isolacionismo dos povos torna-se mais escasso com o passar do tempo. O fim da Guerra Fria e da divisão do mundo em dois blocos econômicos antagônicos em muito contribuiu para essa aproximação. O colapso do socialismo fez com que a maioria dos sistemas econômicos se tornassem semelhantes. Mesmo a China comunista tem aberto as portas para o capitalismo, assumindo um papel na economia mundial inimaginável décadas atrás. Os poucos países que insistem em uma postura isolacionista, como a Coreia do Norte e Cuba, têm mantido seus sistemas a duras penas (especialmente após o fim da URSS), e é clara a tendência de tais regimes à extinção.

A maior interação entre os países e o intercâmbio cultural e econômico que daí decorrem têm por corolário inevitável a evolução social. É nesse diálogo que os valores mínimos da dignidade humana passam a permear mesmo as culturas mais distintas. A interação que decorre da aproximação (seja cultural, seja econômica), sob certo aspecto, acaba por gerar uma interdependência, e esta, por sua vez, leva a uma forma de universalidade que não implica qualquer desconsideração aos valores culturais que caracterizam um povo.

Desse modo, o universalismo de confluência propugnado pelos autores mencionados, esse universalismo como resultado e não como proposta, não pode

ser tido como antítese da postura relativista, cujos argumentos, sob tal ótica, restam esvaziados. Afigura-se, portanto, o mais adequado caminho na busca por uma solução que garanta, de forma universal, os parâmetros mínimos da dignidade humana em escala global, sem pretender a imposição de valores de determinado povo ou grupo de povos (o que, em síntese, constitui o cerne da crítica relativista).

Poder-se-ia objetar que a adoção de tal postura não levaria a resultados imediatos e que a violação dos direitos humanos “universais”, por parte dos países que ainda não aderiram ao espectro de consenso mundial acerca da matéria, prosseguiria por longo tempo até uma efetiva consolidação do universalismo nos termos propugnados. No entanto, tendo em vista que, até o presente momento, a comunidade global não desenvolveu mecanismos aptos a fazer valer as regras de direito internacional em face de Estados que não assinam tratados internacionais, a resposta a tal objeção decorreria da conclusão inevitável de que a corrente “dicotômica”, que opõe relativismo a universalismo, tampouco oferece soluções concretas mais eficazes para o problema da efetividade global dos direitos humanos.

Sob tais circunstâncias, o universalismo de confluência afigura-se indiscutivelmente o caminho mais eficaz na construção de um patamar mínimo de direitos humanos a ser reconhecido e respeitado pela totalidade dos povos, ainda que o processo – reconheça-se – seja lento e exija uma postura pró-ativa por parte da comunidade internacional.

Não é este, porém, o único desafio a ser superado pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Outra dificuldade que se apresenta (esta, intimamente vinculada ao objeto do presente estudo) decorre da relação entre as normas de direito internacional e as normas internas dos Estados – tema no qual as questões mais intrincadas e de difícil solução se revelam, mormente no que concerne à cogência das normas internacionais.

É evidente que o cotejo entre normas internas e internacionais pode dar ensejo ao surgimento de antinomias. De fato, tendo em vista que essas duas

espécies de normas têm fontes absolutamente (e necessariamente) distintas, pode-se mesmo concluir que o surgimento de tais antinomias é inevitável.

Daí decorre a necessidade de que se prevejam mecanismos para regular eventuais antinomias entre normas internas e internacionais. Tal tema consubstancia, indiscutivelmente, uma das mais intrincadas questões do direito internacional na atualidade. No capítulo que se segue, serão apontadas as formas pelas quais a doutrina buscou solucionar os problemas oriundos da interação entre duas ordens jurídicas de fontes, naturezas e estruturas distintas (a ordem internacional e as ordens internas dos países signatários de tratados internacionais).

5. A relação entre as normas internas e as normas internacionais

A consolidação de uma efetiva comunidade internacional ao final da Segunda Guerra Mundial conferiu um novo perfil à, até então incipiente, ordem jurídica internacional.

A comunidade global se fortaleceu enquanto tal, e as relações entre os povos e os países se tornaram mais estreitas, num processo que continua (e continuará) a se desenvolver. Além disso, os direitos humanos assumiram um papel de proeminência na ordem mundial, como resposta às atrocidades perpetradas na guerra. Tais circunstâncias, à toda evidência, tiveram elevado impacto na ordem jurídica internacional e, por corolário, nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados, em especial daqueles que passaram a atuar com maior protagonismo no cenário internacional.

A despeito da maior interação entre os ordenamentos jurídicos internos e a ordem jurídica internacional, a questão da efetividade desta em face daquela, em especial no que tange à tutela dos direitos humanos, continua a suscitar desafios e a revelar complexidades, de cuja superação depende o sucesso da proteção dos direitos humanos em âmbito global.

Nesse tocante, afirmam Jânia Maria Lopes Saldanha e Sadi Flores Machado que a

proposta de construção/consolidação do direito cosmopolítico, a partir de valores comuns para a humanidade, que estabelece como ponto de partida o que pode ser denominado de “irreduzível humano”, dependendo do lugar que o intérprete ocupa, poderá representar uma utopia ou, ao contrário, pode ser reconhecido como um processo já em curso, em cujo contexto o Estado e as Constituições continuam a ser os protagonistas.

Os autores observam, no entanto, que os

acontecimentos globais contemporâneos sublinham tragicamente a ausência de uma verdadeira ordem mundial: o sistema de segurança coletivo da Carta das Nações Unidas mostra esta fragilidade, o Tribunal Penal Internacional revela dificuldades em

impor sua jurisdição, países do Mercosul desrespeitam a jurisdição exclusiva do Tribunal Permanente de Revisão, quando escolhido. Resulta que, nesse sentido, o direito perde força e legitimidade.¹⁰⁰

Diante do embate que ainda se estabelece entre normas de direito interno e normas de direito internacional, alguns aspectos teóricos devem ser considerados, antes que se passe à análise da realidade brasileira em relação aos tratados internacionais de direitos humanos.

5.1. Monismo e dualismo

Tendo em vista que a prevalência dos direitos humanos em escala global (como decorrência do reconhecimento de que todo ser humano, apenas por sua humanidade, é titular de determinados direitos, independentemente do Estado ou da legislação por este adotada) suscita uma (cada vez mais necessária e intensa) relação entre normas internas e normas internacionais, o antigo debate doutrinário entre monismo e dualismo não se afigura, ao contrário do que por vezes se afirma,¹⁰¹ irrelevante para a atualidade, notadamente porque o argumento é por vezes empregado – reconheça-se, de forma muito mais ideológica do que científica – por alguns países para fundamentar o descumprimento de normas internacionais.

Embora o argumento remanesça no discurso jurídico – e, por isso, mereça, ainda que de forma breve, ser abordado – há de se atentar para as palavras de Antônio Augusto Cançado Trindade, que esclarece:

¹⁰⁰ SALDANHA, Jânia Maria Lopes e MACHADO, Sadi Flores. “O papel da jurisdição na efetivação dos direitos humanos: o cosmopolitismo para além do constitucional e do internacional, a partir do diálogo entre Têmis, Marco Pólo e o Barão Cosme de Rondó”. In: MOURA, Lenice S. Moreira de. *O novo constitucionalismo na era pós-positivista – homenagem a Paulo Bonavides*, p. 148 e 151.

¹⁰¹ Conforme se verá no capítulo seguinte, que versa especificamente sobre a realidade brasileira, o Ministro Gilmar Mendes, em voto proferido no RE n. 466.343-1/SP (cujo julgamento alterou o paradigma adotado desde 1977 pelo Supremo Tribunal Federal acerca da hierarquia dos tratados de direitos humanos na ordem interna brasileira), adotando a tese da irrelevância do debate sobre o tema, afirmou que “a irreconciliável polêmica entre as teorias monista (Kelsen) e dualista (Triepel) sobre a relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno dos Estados [...], pelo menos no tocante ao sistema internacional de direitos humanos, tem-se tornado ociosa e supérflua” (p. 1.136). O entendimento do Ministro não é compartilhado no presente estudo, até porque, como será demonstrado no capítulo seguinte, a própria doutrina acerca da realidade brasileira é incapaz de chegar a um acordo acerca de qual sistema é adotado no Brasil, havendo tanto defensores do monismo quanto do dualismo.

O antagonismo irreconciliável entre as posições monista e dualista clássicas provavelmente levou os juristas a abordar mais recentemente a relação entre o direito internacional e o direito interno de ângulos distintos. A distinção tradicional, enfatizando a pretensa diferença das relações reguladas pelos dois ordenamentos jurídicos, dificilmente poderia fornecer uma resposta satisfatória à questão da proteção internacional dos direitos humanos: sob o direito interno as relações entre os indivíduos, ou entre o Estado e os indivíduos, eram consideradas sob o aspecto da “competência nacional exclusiva”; e tentava-se mesmo argumentar que os direitos individuais reconhecidos pelo direito internacional não se dirigiam diretamente aos beneficiários, e por conseguinte não eram diretamente aplicáveis. Com o passar dos anos, houve um avanço, no sentido de, ao menos, distinguir entre os países em que certas normas dos instrumentos internacionais de direitos humanos passaram a ter aplicabilidade direta, e os países em que necessitavam elas ser “transformadas” em leis ou disposições de direito interno para ser aplicadas pelos tribunais e autoridades administrativas.¹⁰²

Contudo, se é certo que o embate “monismo x dualismo” não tem mais lugar no mundo contemporâneo, em seus traços clássicos, não menos verdade é que os defensores de ambas as doutrinas, adaptando tais formas clássicas à realidade contemporânea, mantêm aceso o debate sobre o tema.

Assim, ainda que não seja possível encontrar, na atualidade, Estados que adotem o monismo ou o dualismo de forma pura, isso não implica a irrelevância da questão – à qual, não obstante, há de ser dada a devida dimensão.

Nesse sentido, George Rodrigo Bandeira Galindo observa que

a obsolescência do debate não se mostra ao menos no campo terminológico. Se, de fato, é quase impossível encontrar um Estado que aplique completamente os postulados do dualismo ou do monismo, é irrefutável o argumento de que o discurso jurídico-internacional ainda se refere constantemente aos vocábulos monista e dualista.

Acrescenta ainda que

¹⁰² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, v. 1, p. 402.

algumas normas jurídicas internacionais reclamam sua aplicação no Direito Interno e não podem encontrá-la em outra parte. Ademais, em muitos casos, o Direito Internacional se vê obrigado a tomar em consideração a existência e a validade de determinadas normas estatais. Portanto, negar a existência do problema equivale a adotar, de fato, a posição dualista.¹⁰³

Diante de tais circunstâncias, o autor conclui:

Se é verdade que os tribunais internacionais não se referem a Estados como dualistas ou monistas, determinados tribunais internos ainda voltam ao tema, num exercício, muitas vezes, de formalismo e artificialidade no trato de questões internacionais. Certo que isso acontece com frequência maior entre sistemas jurídicos que pouco experimentaram o contato mais intenso com outros Estados. Nesse sentido, mostra-se uma tendência mais acentuada do desprestígio das doutrinas o fato de tribunais estatais, dentro de um contexto integracionista, privilegiarem questões práticas da aplicação de tratados, do costume e do direito emanado de organismos internacionais voltadas à integração, em detrimento do embate entre monistas e dualistas. Todavia, fora desse contexto, o “mero embate de palavras” possui ainda alguma relevância na aplicação do Direito Internacional no Direito Interno.

Estes fatores levam à conclusão de que as doutrinas ainda influenciam Estados quando seus tribunais internos aplicam o Direito Internacional. Daí a necessidade deste trabalho abordar as doutrinas.¹⁰⁴

Destarte, impõe-se uma análise, ainda que breve, acerca das duas doutrinas.

Vale destacar, no entanto, que, quando da análise da relação entre as ordens jurídicas internas e a ordem jurídica internacional, a quase totalidade da doutrina adota um ponto de vista que toma por ponto de partida o direito interno – e é apenas sob essa ótica que o embate entre monismo e dualismo tem relevância. Contudo, há outro modo de analisar esta inter-relação, tomando por ponto de partida o direito internacional. Essas duas possibilidades distintas de enfoque são explicitadas por André de Carvalho Ramos:

A relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno é, costumeiramente, abordada pelos juristas pelo prisma único de “como o Direito Interno vê o Direito Internacional”, sendo pouco

¹⁰³ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira*, p. 12-3.

¹⁰⁴ Idem, p. 14.

abordado o outro lado da moeda, ou seja, “como o *Direito Internacional* vê o Direito Interno.

De fato, se o tema em questão trata da “relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno” é forçoso reconhecer que, como uma *verdadeira relação*, há dois prismas de abordagem, ambos igualmente importantes.

O primeiro prisma (“como o Direito Interno vê o Direito Internacional”) esclarece a *hierarquia normativa* e o eventual *processo de incorporação* da norma internacional no Direito Interno.

Já o segundo prisma nos mostra qual é o valor das normas internas para o Direito Internacional, se o mesmo admite peso maior ou menor para uma norma constitucional ou para uma decisão interna transitada em julgado de uma Suprema Corte nacional, etc.¹⁰⁵

Sob o segundo enfoque (como o direito internacional vê o direito interno), o embate entre monismo e dualismo simplesmente inexistente. Isso porque o costume internacional preconiza que, para os tribunais internacionais, a legislação interna de um Estado (inclusive a de hierarquia constitucional) é considerada mero fato, incapaz de justificar o descumprimento de uma norma internacional ao qual o Estado voluntariamente aderiu (entendimento este que, em última análise, é decorrência do princípio da boa-fé que norteia as relações internacionais).

André de Carvalho Ramos destaca a histórica decisão da Corte Permanente de Justiça Internacional segundo a qual “*from the standpoint of International Law and of the Court which is its organ, municipal laws are merely facts which express the will and constitute the activities of States, in the same manner as do legal decisions or administrative measures*”¹⁰⁶, observando ainda que:

Ou seja, não se reconhece sequer o caráter jurídico das mesmas normas, uma vez que o Direito Internacional possui suas próprias fontes normativas e o Estado (sujeito primário do Direito Internacional, por possuir, além da personalidade jurídica, também capacidade legislativa) é considerado *uno* perante a comunidade internacional.

Com isso, o direito interno só será utilizado se a norma internacional a ele fizer remissão [...].

Logo, para o Direito Internacional, os atos normativos internos (leis, atos administrativos e mesmo decisões judiciais) são expressões da vontade de um Estado, que devem ser compatíveis

¹⁰⁵ RAMOS, André de Carvalho. “A expansão do direito internacional e a Constituição brasileira: novos desafios”. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Crise e desafios da Constituição*, p. 299.

¹⁰⁶ Idem, p. 302.

com seus engajamentos internacionais anteriores, sob pena de ser o Estado responsabilizado internacionalmente.

Consequentemente, um Estado não poderá justificar o descumprimento de uma obrigação internacional em virtude de mandamento interno, podendo ser coagido (com base na contemporânea teoria da responsabilidade internacional do Estado) a reparar os danos causados.

[...]

Assim, mesmo a norma constitucional de um Estado é vista não como “norma suprema”, mas como mero fato, que, caso venha a violar norma jurídica internacional, acarretará a responsabilização internacional do Estado infrator.¹⁰⁷

Nesse sentido, pode ser lembrado o exemplo do Parecer Consultivo n. 14, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, datado de 1994, no qual a Corte considerou que a então nova Constituição do Peru, ao preconizar a pena de morte para crimes que, na Constituição anterior, não previam tal modalidade de pena, violou a Convenção Americana de Direitos Humanos. Entendeu a Corte, portanto, que, *independentemente* do que previa a Constituição peruana, a aplicação de tais preceitos (constitucionalmente previstos) implicaria descumprimento das normas internacionais e ensejaria a responsabilização internacional daquele Estado.

Diante das circunstâncias apresentadas, resta evidente que, do ponto de vista do direito internacional (ou seja, de como este vê o direito interno, nas palavras de André de Carvalho Ramos), não se coloca a questão da dicotomia entre teorias monistas e dualistas. Esta, com efeito, só faz sentido a partir de uma ótica que toma por ponto de partida o direito interno.

Nesse âmbito, o embate não é novo, mas a questão histórica não tem relevo para os fins do presente estudo. Importa, aqui, apenas destacar os pontos principais das duas teorias.

A teoria monista sustenta que a ordem internacional e a ordem interna de um Estado consubstanciam uma única ordem jurídica, havendo, no bojo dessa teoria, uma subdivisão entre os que entendem que, dentro dessa ordem única, prevalece hierarquicamente o direito interno, e os que, contrariamente, sustentam a prevalência do direito internacional.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 302-3.

A teoria dualista, por sua vez, propugna a coexistência de duas ordens jurídicas distintas (a interna e a internacional), bem como a necessidade de autorização do Estado para que dispositivos da ordem internacional ingressem na esfera interna e nela passem a ter vigência.

J. J. Gomes Canotilho, nesse sentido, sustenta que:

A tese, hoje dominante, sobre as relações entre os ordenamentos jurídicos dos Estados-membros e o ordenamento comunitário, é a *tese dos ordenamentos separados*. O ordenamento comunitário e os ordenamentos nacionais concebem-se como *ordenamentos* (ou sistemas jurídicos) *autónomos* e distintos. No plano das fontes do direito, isto significa que as normas comunitárias emanam de uma fonte de produção autónoma, diversa das fontes de produção do direito dos Estados-membros (cf. sentenças do Tribunal de Justiça das Comunidades, *Costa – ENEL*, 15/7/69, e *Cilfit*, de 6/10/82).¹⁰⁸

O monismo com prevalência do direito interno é a mais antiga e tradicional das teorias apontadas, a ponto de George Rodrigo Bandeira Galindo afirmar que

é contestável mesmo o caráter de teoria a essa posição, uma vez que seus grandes pressupostos encontram-se antes do século XX, quando o estudo do relacionamento entre o Direito Interno e o Direito Internacional se dava de modo assistemático e, muitas vezes, fora de postulados propriamente jurídicos.¹⁰⁹

Em relação ao monismo com prevalência do direito internacional, que historicamente surgiu como resposta ao dualismo e posteriormente a este, seu teórico mais conhecido é Hans Kelsen.¹¹⁰

¹⁰⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 824.

¹⁰⁹ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira*, p. 15. Afirmando ainda que “é especificamente na conjunção entre Spinoza e Hegel que se encontrará a explicação tanto do surgimento da ideia de monismo com prevalência do Direito Interno, como mesmo da influência do estatismo exacerbado no Direito Internacional dos séculos XIX e XX” (p. 15). O autor observa que são “quase inexistentes os casos de Estados que tentam aplicar a teoria *in totum*, assim como os doutrinadores que dela se servem para explicar as relações entre o Direito Interno e o Direito Internacional” (p. 20).

¹¹⁰ George Rodrigo Bandeira Galindo salienta que essa corrente de pensamento deu origem a inúmeras subdivisões, das quais as mais representativas são as defendidas por Kelsen, Verdross e Lauterpacht (idem, p. 40). Em relação a Kelsen, o autor informa que sua teoria monista, que de início era mais radical e com o tempo foi atenuada, encontrava razões mais políticas do que jurídicas ou científicas (p. 44).

Acerca do dualismo, esclarece Galindo:

Historicamente, o dualismo – ou pluralismo – foi a primeira teoria acerca do relacionamento entre Direito Internacional e Direito Interno a surgir. Talvez exatamente por isso tenha sido ele submetido a mais desgastes, perpetrados principalmente pelos monistas com prevalência do Direito Internacional. Ademais, o dualismo foi uma teoria essencialmente vinculada a seu tempo, na medida em que tentava explicar o facilmente constatável isolamento do Direito Internacional frente ao Direito Interno dos primórdios do século XX. E isto leva a crer que o dualismo foi uma teoria bem mais sincronizada com a prática dos Estados que o monismo com prevalência do Direito Interno, uma vez que, ao menos na primeira metade do século XX, o primeiro tendia a uma proposta a ser concretizada no futuro: e o segundo partia de um estatocentrismo poucas vezes encontrado no passado. Não significa isto, de forma alguma, que a maior sincronia do dualismo para com seu tempo fosse total, daí afirmar-se que ele também não conseguia explicar a realidade do relacionamento entre Direito Interno e Direito Internacional.¹¹¹

Em suma, nenhuma das teorias, seja monista ou dualista (nem qualquer de suas variantes) é capaz de resolver os dilemas que a realidade apresenta (ainda mais a realidade atual, em que as relações entre os Estados assumiram graus de complexidade inimagináveis por ocasião da formulação dessas teorias). Sendo inviável a adoção, por qualquer Estado, de uma postura puramente monista ou dualista, essas construções teóricas só adquirem importância na medida em que se prestam a fundamentar uma determinada postura quando do cotejo entre a ordem jurídica internacional e os ordenamentos internos (e as eventuais antinomias que se estabelecem entre estes e aquela). O modo como tais teorias buscam influenciar a realidade é exposto por Galindo nos seguintes termos:

A grande indagação que as teorias põem hoje é a possibilidade de se fugir a elas ou considerá-las para dar embasamento teórico a opções feitas diante de problemas práticos das relações entre Direito Interno e Direito Internacional.

No tema das relações entre Direito Internacional e Direito Interno, normalmente são mais enfatizados aspectos formais que materiais. Não obstante, é neste último campo que os sistemas se afetam mutuamente. As formas dessa influência são: recepção de

¹¹¹ Ibidem, p. 22-3. Informa o autor que os autores mais emblemáticos dessa corrente monista são Triepel e Anzilotti.

várias instituições funcionando no outro sistema jurídico, a aplicação dos mesmos métodos de interpretação e argumentação jurídica e, por último, a regulação das mesmas matérias em ambos os sistemas. E por isto a doutrina procura mitigar as teorias.

Assim, o comum é encontrar, nos dias de hoje, afirmações de que as teorias somente existem de forma atenuada, ou seja, somente há espaço, no presente, para as chamadas teorias moderadas. Como a prática dos Estados não segue ritos impostos por teorias estanques no tempo, a prática moldará as teorias, atenuando-as.

De fato, é impossível encontrar um Estado completamente monista ou completamente dualista. Talvez mesmo nunca, durante a História, isto tenha acontecido se monismo e dualismo são teorias completamente ideais, apenas haverá progressão para o monismo ou para o dualismo.

Isto, contudo, não justifica a ideia – talvez inicialmente propugnada por *Verdross* – de que haveria um monismo moderado e um dualismo moderado. O uso que se faz destes termos é extremamente inútil.

Ora, vejamos, monismo moderado pode ser absolutamente tudo, inclusive dualismo moderado, o que dependerá apenas do referencial do observador.¹¹²

Do exposto, pode-se concluir que, ao contrário do que sustenta parte da doutrina, o tema não carece de relevância nem se revela supérfluo em face da sistemática internacional de proteção dos direitos humanos, uma vez que, como visto a seguir, também em relação aos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos surgem conflitos com os ordenamentos jurídicos internos, e não raro argumentos oriundos das doutrinas apontadas são invocados para justificar a adoção de determinadas posturas.

5.2. Antinomias entre o direito internacional e o direito interno

Como restou demonstrado, a época em que a interação entre os Estados era superficial e apenas os ordenamentos jurídicos internos bastavam para a solução das questões sociais pertence ao passado. A globalização e a evolução dos meios de transporte e de comunicação tornaram o mundo menor e redefiniram as noções de distância e, por conseguinte, de *outro*. Nesse contexto, a ordem jurídica internacional, inicialmente voltada a regular conflitos bélicos, passou a lidar com

¹¹² *Ibidem*, p. 68-9.

questões econômicas e, finalmente, ao término da Segunda Guerra Mundial, erigiu a dignidade humana e os direitos humanos como núcleo axiológico ao redor do qual passou a ser construído todo um sistema internacional de proteção.

Nesse ambiente, as ordens jurídicas internas e internacional passam a interagir e a dialogar, diálogo este que ganha maior relevância na seara da proteção dos direitos humanos. Esta a razão pela qual Lindgren Alves assevera que “hoje os direitos humanos não são mais juridicamente confinados ao domínio reservado das jurisdições nacionais, sobre as quais a comunidade internacional, em princípio, não poderia se pronunciar”.¹¹³

No mesmo sentido, afirma Valerio de Oliveira Mazzuoli que

atualmente os direitos humanos transcendem os limites físicos da divisão dos Estados, ascendendo ao plano do direito internacional e recebendo proteção externa. Afasta-se, assim, a ideia de jurisdição doméstica absoluta, para dar lugar à complementaridade e ao “diálogo” – ainda que nem sempre tranquilo ou pacífico – entre as ordens interna e internacional. A cada dia que passa a “comunicação” entre a ordem internacional e a ordem interna tem aumentado.¹¹⁴

Como não poderia deixar de ocorrer, em um mundo onde, a despeito da mencionada aproximação entre países e povos, prolifera um número imenso de culturas as mais distintas, de valores os mais diversos (culturas e valores estes que, evidentemente, se refletem nos ordenamentos jurídicos dos Estados em que se manifestam), a ocorrência de antinomias entre o ordenamento jurídico internacional, mais genérico e aspirando à universalidade, e ordenamentos jurídicos locais, mais detalhados e afinados com os valores de determinada cultura, é fenômeno não apenas esperado, como também inevitável.

Com efeito, se o direito moderno – notadamente o internacional – é marcado pela diversidade das fontes de emissão de normas jurídicas, o surgimento de antinomias resulta inevitável.

Valerio de Oliveira Mazzuoli lembra que as

¹¹³ ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*, p. 17.

¹¹⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*, p. 34.

antinomias existentes no ordenamento jurídico podem ser de primeiro ou de segundo grau. As primeiras ocorrem quando a incompatibilidade é *normativa*, isto é, entre *normas* do ordenamento jurídico que se antepõem. As segundas têm lugar quando a incompatibilidade recai sobre os próprios *critérios* de solução de antinomias tradicionalmente existentes (o *hierárquico*, o da *especialidade* e o *cronológico* [...]).¹¹⁵

As antinomias podem surgir entre duas normas de direito internacional, entre duas normas de direito interno ou entre uma norma de direito interno e uma norma de direito internacional.

Com o objetivo de evitar a ocorrência de antinomias entre normas de direito internacional, a comunidade global e os órgãos internacionais valem-se da inserção de cláusulas nos tratados internacionais os quais possuem a específica função de solucionar eventuais conflitos. As cláusulas mais comuns são *cláusulas de ab-rogação expressa*, mediante as quais é prevista a revogação de eventuais instrumentos anteriores incompatíveis com o proposto; *declarações de compatibilidade*, mediante as quais se declara expressamente a compatibilidade entre determinados tratados, como norte interpretativo; e as *cláusulas de incompatibilidade*, que preconizam a eliminação de uma das normas conflitantes; e, finalmente, *cláusulas que adaptam os pactos já concluídos aos novos tratados*.¹¹⁶

Como já apontado, as antinomias entre as normas de direito interno resolvem-se por três critérios adotados há décadas e aceitos de forma unânime pela doutrina, a saber: o critério hierárquico, segundo o qual a norma hierarquicamente superior prevalece sobre a inferior; o critério da especialidade, segundo o qual a norma especial (ou excepcional) prevalece sobre a norma geral; e finalmente o critério cronológico, de acordo com o qual a norma posterior revoga a

¹¹⁵ Idem, p. 60.

¹¹⁶ AMARAL Jr., Alberto do. *A solução de controvérsias na OMC*, p. 224-7. Apud: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, ob. cit., p. 73-4, que acrescenta: “Alberto do Amaral Júnior coloca ainda, como meio de salvaguardar a coerência entre as normas internacionais, a chamada *presunção contra o conflito*, a qual ‘radica na suposição de que a nova norma é compatível com o direito internacional que vigia antes de sua criação’, pressupondo-se ‘que os Estados, quando a produção normativa se consuma, levam em conta as regras em vigor na esperança de buscar harmonia entre o velho e o novo direito’”.

anterior de mesma hierarquia. O entendimento há muito consolidado sustenta ainda a primazia do critério hierárquico, uma posição intermediária do critério da especialidade e o grau menor de importância, em relação aos dois primeiros, do critério temporal.

De modo geral, esses parâmetros também são empregados por ocasião do conflito entre tratados internacionais e normas internas de um Estado. Nesse ponto, a doutrina se divide entre os que sustentam a inexistência de distinção entre tratados internacionais que versam sobre direitos humanos e os demais tratados, e aqueles que sustentam uma distinção material entre eles, que levaria ao emprego de critérios interpretativos distintos no caso dos tratados internacionais de direitos humanos. Valerio de Oliveira Mazzuoli, integrando a segunda linha de pensamento, faz severa crítica à doutrina e à jurisprudência brasileiras:

Tanto a doutrina como a jurisprudência pátrias ainda mantêm a aplicação dos critérios habituais de solução de antinomias ao caso do conflito entre tratados internacionais e leis internas. Essa solução é aplicada em se tratando de conflito entre tratados comuns e leis internas e de conflito entre tratados de direitos humanos e leis internas, indistintamente. A doutrina que versa o assunto não faz qualquer diferenciação entre tratados comuns e tratados de direitos humanos, diferenciação esta que nos parece de importância fundamental.

O entendimento teórico que ainda existe no Brasil, relativamente às antinomias de direito interno-internacional (o qual ainda aplica o modelo “uma ou outra norma”, ao invés do modelo dialógico “uma e outra” norma), é fruto de uma jurisprudência arraigada e dogmas notadamente voluntaristas e ao conceito de soberania absoluta, que não resolvem o problema inter-relacional (da ordem interna com internacional) quando a *quaestio juris* está a envolver o tema dos “direitos humanos” e dos “direitos fundamentais”.¹¹⁷

Dessarte, para a corrente teórica que adota a postura “dualista” em relação aos tratados de direito internacional, os métodos de solução de conflitos entre normas internas e tratados internacionais não de ser distintos a depender da matéria versada no tratado e na norma internacional em conflito, afigurando-se

¹¹⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*, p. 92-3.

diferenciada a solução na hipótese de tratados internacionais que versem sobre direitos humanos.

Tendo em vista o objeto do presente estudo, a análise que se segue terá por foco os tratados internacionais de direitos humanos, sem prejuízo de eventuais considerações acerca dos tratados que não versam sobre tal tema.

Consigne-se, no entanto, desde já, o entendimento adotado neste trabalho, no sentido de que a hierarquia dos tratados internacionais em face dos ordenamentos jurídicos internos, *inclusive em relação aos tratados que versam sobre direitos humanos*, há de depender da previsão legislativa interna de cada Estado. Em outras palavras, não se adota a tese de que a superioridade axiológica dos tratados de direitos humanos basta, *de per sí*, para distingui-los, no aspecto formal, dos tratados que versam sobre outros assuntos.¹¹⁸

Tendo em vista o fato de que, no mundo cada vez mais globalizado, a inter-relação entre o direito internacional e os direitos internos dos Estados se faz cada vez mais presente e intrincada, dois aspectos hão de ser ressaltados: a relação hierárquica entre normas internas (inclusive constitucionais) e normas internacionais, especialmente as que versam sobre direitos humanos, e a forma como ocorre o “diálogo” entre essas duas ordens jurídicas.

Acerca da hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos em face da legislação interna dos Estados, a doutrina tradicionalmente aponta quatro correntes principais de pensamento:

De acordo com a primeira corrente, os tratados internacionais de direitos humanos teriam hierarquia supraconstitucional, impondo-se desse modo, sobre todo o ordenamento jurídico de um Estado, inclusive sobre seu texto constitucional.

¹¹⁸ A questão da distinção ontológica entre tratados internacionais de direitos humanos e tratados que tratam de outras questões será abordada com mais vagar quando da análise da realidade brasileira, no capítulo seguinte. Com efeito, ao se adotar a tese de que a matéria sobre que versam os tratados não basta para aplicar-lhes hermenêuticas distintas, sendo necessária uma análise da legislação do Estado que ratifica tais tratados, a impossibilidade de uma análise teórica apriorística da questão exsurge como conclusão lógica e inafastável. O tema, por conseguinte, será abordado à luz da Constituição Federal de 1988 no próximo capítulo.

Essa corrente é defendida, entre outros, por Celso de Albuquerque Mello.¹¹⁹ Na doutrina estrangeira, Bidart Campos¹²⁰ e Augustín Gordillo¹²¹ sustentam tal posição. Contudo, como já observou Gilmar Mendes Ferreira, não se pode desconsiderar

a dificuldade de adequação dessa tese à realidade de Estados que, como o Brasil, estão fundados em sistemas regidos pelo princípio da supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico. Entendimento diverso anularia a própria possibilidade de controle de constitucionalidade desses diplomas internacionais.¹²²

Sustenta a segunda corrente que os diplomas internacionais que versam sobre direitos humanos teriam hierarquia equivalente à das normas constitucionais. É a corrente mais prestigiada pela doutrina, contando com a adesão de Flávia Piovesan, Ingo Wolfgang Sarlet, Antônio Augusto Cançado Trindade e Valerio de Oliveira Mazzuoli, dentre inúmeros outros autores, constituindo, por conseguinte, o entendimento majoritário da doutrina brasileira sobre o tema.¹²³

Uma terceira corrente preconiza que os tratados internacionais de direitos humanos teriam natureza supralegal, mas infraconstitucional, encontrando-se, assim, em posição hierarquicamente superior à da legislação infraconstitucional como um todo, mas inferior ao das normas constitucionais. É o que expressamente determinam, por exemplo, as Constituições alemã, francesa e grega.¹²⁴

Finalmente, a quarta corrente de pensamento sustenta que os tratados internacionais de direitos humanos teriam *status* hierárquico equivalente ao de leis

¹¹⁹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. "O § 2º do art. 5º da Constituição Federal". In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 25.

¹²⁰ BIDART CAMPOS, German J. *Teoría general de los derechos humanos*, p. 353.

¹²¹ GORDILLO, Augustín. *Derechos humanos, doctrina, casos y materiales: parte general*, p. 53-5.

¹²² Cf. voto proferido no já mencionado RE n. 466.343-1/SP, p. 1.139.

¹²³ Como será visto no capítulo seguinte, a doutrina brasileira que acolhe tal entendimento busca fundamento no § 2º do art. 5º da Constituição Federal, e, de modo geral, não alterou seu posicionamento com o acréscimo do § 3º ao mesmo artigo, trazido pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

¹²⁴ Este também passou a ser o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do RE n. 466.343-1/SP, embora a Constituição brasileira dê ao tema tratamento menos claro e preciso do que as constituições estrangeiras mencionadas.

ordinárias. Tal corrente, que outrora contou com adeptos de renome, perde cada vez mais espaço, sendo, atualmente, minoritária.¹²⁵

Quanto ao “diálogo” que se estabelece entre normas internas e internacionais (tendo, para os fins do presente estudo, especial relevância as normas internacionais relativas a direitos humanos), adota-se a classificação de Valerio de Oliveira Mazzuoli, que elenca quatro espécies de diálogos entre as normas internas e internacionais de proteção aos direitos humanos,¹²⁶ dividindo-os, primeiramente, entre *diálogos horizontais* e *diálogos verticais*.

Os diálogos horizontais

são aqueles em que o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno brasileiro guardam ou relação de complementaridade ou de integração. São diálogos em que não se presencia nenhum tipo de conflito mais agressivo de normas, mas apenas uma relação em mesmo pé de igualdade entre os direitos interno e internacional.

Salienta o autor que tais diálogos

podem se dar de duas maneiras: a) quando a norma de direito constitucional é *mera repetição* de um direito que já vem expresso em tratado internacional, caso em que, inegavelmente, o valor extrínseco da norma convencional será o de “norma materialmente constitucional”, possuindo o poder de revogar todas as disposições internas em contrário; ou b) quando a norma internacional vem suprir lacunas existentes tanto na Constituição como em leis infraconstitucionais. O primeiro caso denominamos *diálogo de complementaridade* e o segundo, *diálogo de integração*.¹²⁷

Assim, se no caso do diálogo de complementaridade se constata uma coincidência entre os conteúdos das normas internas e internacionais, no caso do diálogo de integração as primeiras se valem do ordenamento internacional para

¹²⁵ Foi, no entanto, a corrente que prevaleceu no Brasil por longo tempo, desde o julgamento do RE n. 80.004/SE, em 1977. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal manteve esse entendimento por décadas, até o julgamento do mencionado RE n. 466.343-1/SP, no bojo do qual alterou seu entendimento há décadas consolidado.

¹²⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*, p. 146-77.

¹²⁷ Idem, p. 154-5.

suprir lacunas internas, que tanto podem ser constitucionais como infraconstitucionais.¹²⁸

Já os diálogos verticais

são aqueles em que se presencia uma conversa mais direta – e, poderíamos dizer, mais *agressiva* – entre as fontes, a fim de resolver o problema das antinomias. Neste caso, temos também duas situações: *a)* ou a norma internacional dispõe sobre direito não expressamente consagrado na órbita constitucional, o que irá gerar sua inclusão no rol dos direitos constitucionalmente assegurados; ou *b)* a norma internacional entra em choque frontal com uma disposição constitucional, consagrando direito que vem disciplinado de modo diverso pela Constituição. Ao primeiro caso chamamos *diálogo de inserção* e ao segundo, *diálogo de transigência*. Embora exista certa “disputa” entre a norma internacional e a norma interna, numa aparente rivalidade entre ambas, temos como certo que a solução dessas antinomias mais agressivas também acontece pelo “diálogo” dessas fontes, uma vez que – como ensina Erik Jayme – diante do atual “pluralismo pós-moderno” e da existência de variadas fontes de direito, característica dos sistemas jurídicos atuais, é necessário encontrar a solução dos conflitos que surgem entre elas, preferencialmente por meio da *coordenação*.¹²⁹

Em relação ao diálogo de inserção, informa o autor que

ocorre o que se pode chamar de *efeito aditivo* dos tratados na ordem jurídica interna, uma vez que estes passam a adicionar (*inserir*) ao direito doméstico e, mais precisamente, ao “bloco de constitucionalidade” do texto constitucional, direitos que a ordem jurídica interna mesmo não prevê expressamente. Cuida-se do que se pode chamar de “direito recorrente”.

Observa que tais direitos “*ampliam* o núcleo de proteção do direito interno e o rol originário dos direitos e garantias fundamentais previstos pela Constituição”.¹³⁰

A quarta espécie de diálogo, denominada pelo autor de *diálogo de transigência*, constitui, indiscutivelmente, o cerne das questões mais complexas

¹²⁸ O exemplo de diálogo de integração invocado pelo autor é o do *Habeas Corpus* n. 70.389-5/SP, mediante o qual o STF integrou, com o ordenamento internacional, a norma interna prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente que previa o crime de tortura (ibidem, p. 164).

¹²⁹ Ibidem, p. 165-6.

¹³⁰ Ibidem, p. 167-8.

acerca da relação entre normas internas e internacionais, e certamente é a que mais debates e teorias tem suscitado.

Afirma Mazzuoli, com efeito, ser o mais difícil dos diálogos, tendo lugar “quando o tratado de direitos humanos consagra determinado direito cuja execução é *proibida* pelo ordenamento interno”, surgindo assim uma antinomia que há de ser resolvida pelo diálogo de transigência, no qual, segundo o autor,

não há – nessa “conversa” entre as fontes – qualquer disputa irreconciliável, mas sim um *reco* de uma delas em sua posição originária (ou, se se preferir, em seu *argumentum*), para “ouvir” o que a outra diz e dar-lhe razão naquele caso concreto.¹³¹

A solução proposta para tal espécie de conflito é sintetizada nos seguintes termos:

Considerando-se que *transigir* significa “fazer concessões recíprocas” – lembrando-se do ditado de que *mais vale transigir que demandar* – pode-se então dizer que o *diálogo de transigência* ocorre quando uma norma de direito internacional conflita com um preceito do texto constitucional e ambos os ordenamentos jurídicos – o internacional (*tratado*) e o interno (*Constituição*) – “conversam” entre si e decidem resolver o conflito pelo estabelecimento de concessões recíprocas. Esse diálogo transigente entre as fontes (internacional e interna) leva a um resultado amigável, por meio de concessões: a Constituição cede ao ordenamento internacional quando este é mais benéfico e vice-versa. É como se existisse uma zona de atração em cada polo jurídico da relação e um pêndulo imantado fosse atraído para aquela ordem (internacional ou interna) que mais proteção assegura ao sujeito de direitos.¹³²

Portanto, quatro hipóteses de “diálogo” entre normas internas e internacionais se apresentam: a) a norma internacional e a norma interna coincidem (diálogo horizontal de complementaridade); b) a norma internacional integra a norma interna, suprimindo uma lacuna (diálogo horizontal de integração); c) a norma internacional acrescenta um direito não previsto no ordenamento interno, mas que com este não entra em conflito (diálogo vertical de inserção); e d) a norma

¹³¹ Ibidem, p. 172-3.

¹³² Ibidem, p. 173.

internacional prevê um direito cujo conteúdo entra em conflito com o ordenamento interno (diálogo de transigência).

Entendimento similar – inclusive no que concerne à aplicação da norma mais favorável – é esposado por Flávia Piovesan, *in verbis*:

Considerando a natureza constitucional dos direitos enunciados nos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, três hipóteses poderão ocorrer. O direito enunciado no tratado internacional poderá: a) reproduzir direito assegurado pela Constituição; b) inovar o universo de direitos constitucionalmente previstos; e c) contrariar preceito constitucional. Na primeira hipótese, os tratados internacionais de e direitos humanos estarão a reforçar o valor jurídico de direitos constitucionalmente assegurados. Na segunda, esses tratados estarão a ampliar e estender o elenco dos direitos constitucionais, complementando e integrando a declaração constitucional de direitos. Por fim, quanto à terceira hipótese, prevalecerá a norma mais favorável à proteção da vítima.¹³³

A despeito da correção da classificação feita por Valerio Mazzuoli, no entanto, impõe-se reconhecer que os argumentos concernentes ao *diálogo de transigência* não logram resolver as antinomias que o autor se propõe a solucionar.

Com efeito, Mazzuoli busca encontrar uma resposta que não seja o que, também de acordo com Cláudia Lima Marques,¹³⁴ chama de *monossolução*. Assim é que busca refutar a aplicação da metodologia de “uma ou outra norma”, procurando demonstrar a aplicabilidade do raciocínio dialógico norteado pela aplicação de “uma e outra norma”, como, aliás, já demonstrado anteriormente.

Nesse sentido, como visto, sustenta que o

entendimento teórico que ainda existe no Brasil, relativamente às antinomias de direito interno-internacional (o qual ainda aplica o modelo “uma ou outra norma”, ao invés do modelo dialógico “uma e outra” norma), é fruto de uma jurisprudência arraigada e dogmas notadamente voluntaristas e ao conceito de soberania absoluta, que não resolvem o problema inter-relacional (da ordem interna com

¹³³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 109.

¹³⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*, p. 57.

internacional) quando a *quaestio juris* está a envolver o tema dos “direitos humanos” e dos “direitos fundamentais”.¹³⁵

Mazzuoli, ao analisar os métodos tradicionais de superação de antinomias, não deixa de mencionar a técnica da ponderação de Robert Alexy, asseverando que também esta não alcança uma solução dialógica:

Nos autores mais modernos que versaram o problema dos direitos fundamentais, como Robert Alexy, também não se encontra uma solução para o conflito entre regras que não leve exclusivamente à monossolução (regra da “uma ou outra” norma). [...]

A solução proposta por Alexy para o conflito de *regras* não destoa – no que tange à adoção da *monossolução* – daquela desejada para a colisão entre *princípios*. Assim, segundo Alexy, havendo colisão entre *princípios* – o que ocorre quando um princípio proíbe algo e outro o autoriza – um deles terá que ceder (*monossolução*), com a diferença (em relação à solução do conflito entre *regras*) de que o princípio cedente não será declarado *inválido* (como aconteceria no caso do conflito entre *regras*), nem necessitará de qualquer inclusão de uma “cláusula de exceção”, pois o que ocorre “é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições”, tudo a depender do caso concreto, em que os princípios com maior *peso* (poderíamos dizer, com maior peso *valorativo*) terão mais *precedência*. [...]

Como se disse, também neste último caso, a proposta de Alexy chega à monossolução, pois mesmo não se excluindo um princípio em detrimento de outro, como ocorre em relação às regras, sua *aplicação* (condicionada em razão de seu *peso* ou de sua *importância*) também opera pela fórmula “um *ou* outro”.¹³⁶

Ora, ao afirmar que “a Constituição cede ao ordenamento internacional quando este é mais benéfico e vice-versa”, Mazzuoli – é imperioso reconhecer – vale-se de um raciocínio que, *mutatis mutandis*, guarda inequívocas semelhanças com a técnica da ponderação de princípios de Alexy. A se aceitar o argumento de que o método de Alexy levaria à monossolução, justamente porque, no caso concreto, apenas uma norma se aplicaria, sendo a outra afastada, torna-se forçoso concluir que a resposta apresentada por Mazzuoli também leva à monossolução, pois, no caso concreto, *assim como ocorre com o método de Alexy*, a proposta de

¹³⁵ V. nota n. 131.

¹³⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*, p. 82-4.

Mazzuoli levará a aplicação de uma – e apenas uma – norma, com a exclusão (ainda que momentânea e pontual) da outra.

Não se nega que o argumento é sedutor, seja pela sofisticação da argumentação, seja por aparentemente fornecer uma resposta a uma das mais intrincadas questões de direito internacional da atualidade. Contudo, como visto, a tese não resiste aos próprios argumentos que o autor elenca como premissas de sua exposição, com o agravante de desconsiderar completamente a questão da hierarquia entre as normas.

Nesse tocante, impende observar que a questão hierárquica tem o mais alto relevo – tanto é assim que mesmo os autores que sustentam a tese do “bloco de constitucionalidade” buscam ressaltar a *hierarquia* constitucional dos tratados de direitos humanos, evidenciando desse modo que tal aspecto não pode ser desconsiderado. Com efeito, a total desconsideração ao aspecto da hierarquia das normas implicaria, em última análise, a impossibilidade do controle de constitucionalidade de normas (internas ou internacionais) que versassem sobre direitos humanos, além de poder levar a situações absurdas – figure-se o caricato exemplo de uma lei municipal que, versando sobre direitos humanos, contrariasse frontalmente a Constituição Federal, devendo esta, no entanto, ser afastada em detrimento daquela, em razão do *diálogo da transigência*.

Uma terceira crítica a ser feita à teoria de Mazzuoli consiste na incompatibilidade entre o propugnado *diálogo de transigência* e sua concepção de *controle de convencionalidade* das leis, conforme visto a seguir.

Destarte, por mais bem construída que se afigure a tese do *diálogo de transigência*, seus pontos fracos impedem sua aceitação – o que, como já mencionado, não invalida a adequada classificação feita por Mazzuoli acerca das hipóteses de diálogo entre as normas internas e internacionais.

5.3. O controle de convencionalidade das leis

Como se verá adiante, por ocasião do estudo da realidade brasileira, ainda é controvertida a natureza dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, questão que, embora já decidida pelo Supremo Tribunal Federal,¹³⁷ continua a suscitar debates acalorados na doutrina.

Não obstante, ainda em caráter geral, acresce observar que a internacionalização do direito, notadamente no que tange ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, implicou o surgimento de uma nova espécie de controle dos atos estatais, o chamado *controle de convencionalidade das leis*.

Com efeito, a partir do momento em que o direito internacional passa a integrar uma determinada ordem jurídica estatal, surge como corolário, a par do controle de constitucionalidade,¹³⁸ também o controle de convencionalidade,

A expressão *controle de convencionalidade*, no entanto, congrega mais de um sentido possível.

André de Carvalho Ramos, por exemplo, afirma que

a doutrina admite o *crivo direto e abstrato* de leis internas em face da normatividade internacional de direitos humanos, na medida em que sua aplicação possa constituir violação de um dos direitos assegurados pelos tratados de direitos humanos.

Acrescenta ainda que

essa análise constitui-se em verdadeira fórmula de *controle de convencionalidade*, desvinculada da existência de um litígio concreto entre o Estado e uma pretensa vítima. Com isso, assegura-se a análise de uma lei quando há possibilidade de sua aplicação com a consequente violação de direitos humanos protegidos.¹³⁹

Sob essa ótica, o controle de convencionalidade consistiria tanto num mecanismo *preventivo* – na medida em que limita a atuação de Poderes Legislativos internos, cuja atividade há de se pautar pelo respeito aos tratados de

¹³⁷ No bojo do RE n. 466.343-1/SP, como já mencionado.

¹³⁸ Existentes, como é sabido, nos Estados que adotam Constituições rígidas.

¹³⁹ RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos*, p. 169-70.

direitos humanos ratificados pelo Estado a que pertencem – quanto um aparato *repressivo* – empregado, na definição de André de Carvalho Ramos, pelos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos.¹⁴⁰

Valerio de Oliveira Mazzuoli oferece um conceito distinto, ao fazer a seguinte observação:

os autores que, antes de nós, fizeram referência à expressão “controle de convencionalidade”, versaram o assunto sob outro ângulo, notadamente o da responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos em razão de atos do Poder Legislativo. Nesse sentido, o controle de convencionalidade seria o método a impedir o Parlamento local de adotar uma lei que viole (mesmo que abstratamente) direitos humanos previstos em tratados internacionais já ratificados pelo Estado. Em outras palavras, seria a técnica *legislativa* pela qual o Parlamento, tendo em conta um tratado de direitos humanos em vigor no País, deixaria de adotar uma lei que com dito tratado conflitasse, a fim de não dar causa à responsabilidade internacional do Estado por ato do Poder Legislativo. Também já se empregou a expressão “controle de convencionalidade” para aferir a compatibilidade das normas locais diante das normas internacionais de direitos humanos, não pela via judiciária *interna* (tal como estamos a desenvolver aqui) mas pelos mecanismos *internacionais* (unilaterais ou coletivos) de apuração do respeito por parte de um Estado de suas obrigações internacionais.¹⁴¹

Mazzuoli oferece uma concepção distinta de controle de convencionalidade, tomada sob a ótica interna e não internacional, ainda que amparada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, fazendo-o nos seguintes termos:

[...] Não se trata de técnica *legislativa* de compatibilização dos trabalhos do Parlamento com os instrumentos de direitos humanos ratificados pelo governo, nem de mecanismo *internacional* de apuração dos atos do Estado em relação ao cumprimento de suas obrigações internacionais, mas sim de meio *judicial* de declaração de invalidade de leis incompatíveis com tais tratados, tanto por via de exceção (controle *difuso* ou *concreto*) como por meio de ação direta (controle *concentrado* ou *abstrato*) [...]. É ainda importante frisar que esse controle de convencionalidade por parte dos

¹⁴⁰ Nesse sentido, André de Carvalho Ramos, na obra mencionada, desenvolve um estudo sobre com os sistemas europeu e interamericano se valem do controle de convencionalidade para coibir violações a direitos humanos consagrados em tratados internacionais (p. 170-4).

¹⁴¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*, p. 179-80.

tribunais internos, da maneira como estamos a defender neste estudo, tem sido recomendação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cujas decisões o Brasil se comprometeu (desde 1998, pelo Decreto Legislativo n. 89) a respeitar e a fielmente cumprir. Assim, no que tange ao sistema interamericano de direitos humanos, é importante frisar que o Poder Judiciário, no exercício do controle de convencionalidade, tem ainda o dever de levar em conta não somente a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mas também a interpretação que dela faz a Corte Interamericana, intérprete última e mais autorizada do Pacto de San Jose.¹⁴²

Assim, a teoria de Valerio de Oliveira Mazzuoli distingue-se da de André de Carvalho Ramos por preconizar um controle *interno* da convencionalidade das leis, “que é complementar e coadjuvante (jamais *subsidiário*) do conhecido controle de constitucionalidade”,¹⁴³ podendo ser tanto *difuso* quanto *concentrado* – reconhecendo, ainda, que tal controle não se restringe aos órgãos internos (e nisso se distingue do controle de constitucionalidade), podendo ser manuseado por este e pelos sistemas supranacionais de controle. Afirma ainda o autor:

Nesse sentido, entende-se que o controle de convencionalidade [...] deve ser exercido pelos órgãos da justiça nacional relativamente aos tratados (de direitos humanos ou não) aos quais o país se encontra vinculado. Trata-se de *adaptar* ou *conformar* os atos ou leis internas aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, que criam para este deveres no plano internacional com reflexos práticos no plano do seu direito interno. Doravante, não somente os tribunais internacionais devem realizar esse tipo de controle, mas também os tribunais internos [...].

Para realizar o controle de convencionalidade [...] das normas de direito interno os tribunais locais não requerem qualquer autorização internacional. Tal controle passa, doravante, a ter também caráter *difuso* [...]. Em outras palavras, os tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro passam a ter eficácia paralisante (para além de derogatória) das demais espécies normativas domésticas, cabendo ao juiz coordenar essas fontes (internacionais e internas) e escutar o que elas dizem.¹⁴⁴

Entendimento similar é adotado por Antônio Augusto Cançado Trindade, que, no entanto, não emprega a expressão “controle de convencionalidade”:

¹⁴² Idem, p. 182-3.

¹⁴³ Ibidem, p. 208.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 208-9.

Cabe, pois, naturalmente aos tribunais internos interpretar e aplicar as leis dos países respectivos, exercendo os órgãos internacionais especificamente a função de supervisão, nos termos e parâmetros dos mandatos que lhes foram atribuídos pelos tratados e instrumentos de direitos humanos respectivos. Mas cabe, ademais, aos tribunais internos, e outros órgãos dos Estados, assegurar a implementação em nível nacional das normas internacionais de proteção, o que realça a importância de seu papel em um sistema integrado como o da proteção do ser humano. Os órgãos de supervisão internacionais, por sua vez, controlam a compatibilidade da interpretação e aplicação do direito interno com as obrigações convencionais, para determinação dos elementos factuais a serem avaliados para o propósito da aplicação das disposições pertinentes dos tratados de direitos humanos.¹⁴⁵

Como já mencionado, é evidente a incompatibilidade entre o controle de convencionalidade, nos moldes propugnados por Mazzuoli, e o *diálogo de transigência* proposto pelo mesmo autor na citada obra, na medida em que tal controle levaria à criticada *monossolução* (e à aplicação do critério de “uma ou outra norma”) que o autor busca evitar.

De qualquer sorte, não resta dúvida de que a existência de tratados internacionais ratificados por um Estado – notadamente os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos – há de moldar a atuação dos Poderes Legislativos (em todas as suas esferas) a fim de conformar sua atividade legiferante com os preceitos de direito internacional previamente internalizados, tendo em vista a cada vez maior interação entre as esferas internas e internacional, o que, indiscutivelmente, afeta a atividade judicante, como bem observam Jânia Maria Lopes Saldanha e Sadi Flores Machado:

Assim como os juízes nacionais se internacionalizam, porque chamados a aplicar os textos internacionais, os juízes “regionais e internacionais”, cada vez mais, são demandados para resolver casos não só entre os Estados ou organismos internacionais, mas casos que envolvam indivíduos, vítimas de violações de direitos humanos, em como autores de delitos elevados à categoria de internacionais. Essa possibilidade tornou-se

¹⁴⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, v. 1, p. 417.

factível sobretudo depois do reconhecimento de que os indivíduos são sujeitos de direito internacional.¹⁴⁶

Em tal ambiente, a inobservância, por parte dos Parlamentos internos, de tratados internacionais já ratificados pelos Estados a que pertencem consubstanciaria inequívoca violação ao princípio da boa-fé que norteia as relações internacionais, ensejando a responsabilização do Estado em âmbito internacional.

Por tais razões, o controle de convencionalidade (a despeito de eventuais debates sobre seus delineamentos), em especial na sua modalidade de controle *prévio*, afigura-se relevante aparato para os Estados.

Ao se adotar uma concepção mais ampla de controle de convencionalidade, no sentido de que a internacionalização dos tratados internacionais implicaria não apenas uma limitação à atuação dos Poderes Legislativos internos de cada país, mas também tornaria jurisdicizáveis direitos garantidos em tais tratados, viabilizando a atuação do Poder Judiciário, a proteção aos direitos humanos resta protegida de forma mais robusta.

Marcos do controle de convencionalidade, no âmbito do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, são os casos de Barrios Altos (2001) e Almonacid Arellano (2006). Como esclarece Flávia Piovesan:

No Caso Barrios Altos, em virtude da promulgação e aplicação de leis de anistia (uma que concede anistia geral aos militares, policiais e civis, e outra que dispõe sobre a interpretação e alcance da anistia), o Peru foi condenado a reabrir investigações judiciais sobre os fatos em questão, relativos ao “massacre de Barrios Altos”, de forma a derrogar ou tornar sem efeito as leis de anistia mencionadas. Referido massacre envolveu a execução de quinze pessoas por agentes policiais. O Peru foi condenado, ainda, à reparação integral e adequada dos danos materiais e morais sofridos pelos familiares das vítimas. Concluiu a Corte que as leis de “autoanistia” perpetuam a impunidade, propiciam uma injustiça continuada, impedem às vítimas e aos seus familiares o acesso à justiça e o direito de conhecer a verdade e de receber a reparação correspondente, o que constituiria uma manifesta afronta à

¹⁴⁶ SALDANHA, Jânia Maria Lopes e MACHADO, Sadi Flores. “O papel da jurisdição na efetivação dos direitos humanos: o cosmopolitismo para além do constitucional e do internacional, a partir do diálogo entre Têmis, Marco Pólo e o Barão Cosme de Rondó”. In: MOURA, Lenice S. Moreira de. *O novo constitucionalismo na era pós-positivista – homenagem a Paulo Bonavides*, p. 157.

Convenção Americana. As leis de anistia configurariam, assim, um ilícito internacional, e sua revogação uma forma de reparação não pecuniária. Essa decisão apresentou um elevado impacto na anulação de leis de anistia e na consolidação do direito à verdade, pelo qual os familiares das vítimas e a sociedade como um todo têm o direito de ser informados das violações, realçando o dever do Estado de investigar, processar, punir e reparar violações aos direitos humanos.

No mesmo sentido, destaca-se o caso *Almonacid Arellano* em face do Chile, cujo objeto era a validade do Decreto-lei n. 2.191/78 – que perdoava os crimes cometidos entre 1973 e 1978 durante o regime Pinochet – à luz das obrigações decorrentes da Convenção Americana de Direitos Humanos. Decidiu a Corte pela invalidade do mencionado decreto-lei de “autoanistia”, por implicar a denegação de justiça às vítimas, bem como por afrontar os deveres do Estado de investigar, processar, punir e reparar graves violações de direitos humanos que constituem crimes de lesa-humanidade. A Corte consolidou, assim, o entendimento de que leis de anistia são incompatíveis com a Convenção Americana, por afrontarem direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, obstando o acesso à justiça, o direito à verdade e a responsabilização por graves violações de direitos humanos (como a tortura, as execuções sumárias, extrajudiciais ou arbitrárias e o desaparecimento forçado).¹⁴⁷

De acordo com Cançado Trindade, tais sentenças

constituem uma decisiva contribuição do Tribunal ao fim das autoanistias e ao primado definitivo do Direito. Tais leis de autoanistia não são verdadeiras leis, não passam de uma aberração jurídica, uma afronta à *recta ratio*. Não há que passar despercebido que essa construção judicial emancipadora da pessoa humana *vis-à-vis* seu próprio Estado tornou-se possível graças ao exercício do direito de petição individual internacional, mediante o qual as vítimas e seus familiares se afirmam como verdadeiros sujeitos do Direito Internacional contemporâneo, dotados de plena capacidade jurídico-processual.¹⁴⁸

¹⁴⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direito humanos e o direito constitucional internacional*, p. 278-9.

¹⁴⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *O fim das “leis” de auto-anistia*. Correio Braziliense, 18.12.2008. Disponível em: <http://www.desaparecidospoliticos.org.br/pagina.php?id=193>. Acesso em 05.02.2011. O Brasil, no entanto não adotou entendimento similar no que concerne à Lei n. 6.683/1979, promulgada pelo então Presidente Figueiredo, que determinou a anistia para os crimes cometidos no período da ditadura. No julgamento da ADPF n. 153, que questionava a validade de tal lei com argumentos similares àqueles empregados nos casos de Barrios Altos e Almonacid Arellano, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a validade da lei e sua integração à ordem constitucional inaugurada em 1988 (Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em 05.02.2011).

À luz da realidade brasileira, é possível afirmar que o julgamento do RE n. 466.343-1/SP pelo Supremo Tribunal Federal, em 2006, inaugura o controle de convencionalidade na realidade brasileira – na medida em que o cotejo entre a norma internacional (o Pacto de São José da Costa Rica) e a norma interna (as normas infraconstitucionais que buscam regular o inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal) levou o Supremo Tribunal Federal a privilegiar a aplicação do tratado em detrimento dos dispositivos internos do ordenamento jurídico brasileiro.

Expostas as principais soluções possíveis que a doutrina aponta para as hipóteses de antinomias entre normas internas e internacionais, há de se passar para o estudo da questão à luz da realidade brasileira, notadamente da posição que o Supremo Federal adota em relação ao tema.

Contudo, para que tal estudo seja adequadamente desenvolvido, é preciso entender como o Supremo Tribunal Federal interpreta as normas constitucionais.

Com efeito, a exegese constitucional (como, de resto, a interpretação jurídica como um todo) não mais se restringe aos parâmetros tradicionais elencados por Savigny. Assim, antes de passar à análise dos posicionamentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal ao longo do tempo acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira, é necessária uma breve digressão acerca do que a doutrina, de modo genérico, passou a denominar “novo constitucionalismo” ou “neoconstitucionalismo”. É este o objeto do capítulo que se segue.

6. Um novo constitucionalismo

Pós-positivismo, neopositivismo, neoconstitucionalismo, dentre outras, são expressões que, embora usadas com frequência cada vez maior pela doutrina, pela jurisprudência e pelos operadores do direito de um modo geral, ainda carecem de um sentido definitivo, talvez pela dificuldade de conceituação de um instituto ou mentalidade que vem se formando nos últimos anos sem que haja o distanciamento histórico indispensável a um enfoque mais objetivo do tema. Não é exagero afirmar que serão necessários ainda alguns anos – e provavelmente algumas décadas – para que o fenômeno possa ser analisado com mais precisão.

Seja como for, é inegável que as últimas décadas foram marcadas pela superação de uma série de paradigmas e pela reconstrução do sentido de vários institutos jurídicos, bem como pelo descarte de inúmeras teorias que não mais encontram amparo no atual desenvolvimento do Direito das sociedades modernas.

É possível, portanto, ainda que sem precisão absoluta, afirmar a existência de um *novo constitucionalismo*, marcado por algumas características já passíveis de verificação. Esse novo constitucionalismo decorre inevitavelmente da evolução do pensamento constitucional, aspecto que merece uma breve digressão.

6.1. A Constituição enquanto norma

A questão da normatividade da Constituição e de sua potencialidade prescritiva envolve uma gama de aspectos distintos, num cenário plurifacetado de transformações ocorridas nas mais diversas esferas do pensamento. Sem a pretensão de esgotar o assunto, seguem-se alguns dos fatores mais relevantes para a evolução e o atual perfil do pensamento constitucional.

6.1.1. A controvérsia Lassale-Hesse

Em célebre conferência proferida em Berlim em abril de 1862, Ferdinand Lassale defendeu a ideia de que a essência de uma Constituição residiria na soma dos fatores reais de poder que vigorassem no país que promulgasse essa Constituição. É de sua lavra o conhecido conceito de “Constituição folha de papel”¹⁴⁹:

Eis aqui o que é, em essência, a Constituição de um país: os somatórios dos *fatores reais de poder* que vigoram nesse país.

Mas que relação guarda isso com o que vulgarmente se chama Constituição, ou seja, com a Constituição jurídica? Não é difícil, senhores, compreender a relação que os dois conceitos guardam entre si.

Colhem-se estes fatores *reais* de poder, registram-se em uma folha de papel, se lhes dá expressão escrita, e a partir deste momento, incorporados a um papel, já não simples fatores *reais de poder*, mas que se erigiram em direito, em instituições *jurídicas*, e quem atentar contra eles atentará contra a lei e será castigado.

Lassale ainda afirma em seu discurso:

Assim sendo, quando se pode dizer que uma Constituição escrita é boa e duradoura?

A resposta é clara e se origina logicamente por quanto deixamos exposto: quando esta Constituição escrita corresponde à *Constituição real*, a qual tem suas raízes nos *fatores de poder que regem no país*. Onde a Constituição *escrita* não corresponde à *real*, estoura inevitavelmente um conflito que *não há maneira de evitar* e no qual, passado algum tempo, mais cedo ou mais tarde, a Constituição escrita, a folha de papel, terá necessariamente de *sucumbir* perante o empuxo da Constituição real, das verdadeiras forças vigentes no país.¹⁵⁰

A conclusão a que Lassale chega é a seguinte:

Os problemas constitucionais não são, primordialmente, problemas de *direito*, mas de *poder*; a verdadeira Constituição de um país somente reside nos fatores reais e efetivos de poder que regem nesse país; e as Constituições escritas não têm valor e nem são duradouras mais do que quando dão *expressão* fiel aos fatores de poder vigentes na realidade social.¹⁵¹

¹⁴⁹ LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*, p. 48.

¹⁵⁰ Idem, p. 63.

¹⁵¹ Ibidem, p. 71.

Não é difícil perceber que a ideia de Constituição, nos moldes traçados por Lassale, resta completamente desprovida de força normativa. Se o texto constitucional é incapaz de se impor a fatores reais de poder, perde qualquer caráter prescritivo, tendo uma natureza meramente declaratória. As questões constitucionais, por conseguinte, estariam apartadas do direito, pois seriam eminentemente políticas.

A conferência de Lassale foi posteriormente publicada sob o título *Über das Verfassungswesen* (traduzida para o português sob os títulos *O que é uma Constituição?*, *O que é uma Constituição política* ou *A essência da Constituição*, a depender do tradutor). A obra ganhou notoriedade e consagração.

Contudo, em 1959, Konrad Hesse publicou *A força normativa da Constituição* (*Die normative Kraft der Verfassung*), contestando a ideia de “Constituição folha de papel” defendida por Lassale.

Hesse observa que a

ideia de um efeito determinante exclusivo da Constituição real não significa outra coisa senão a própria negação da Constituição jurídica. Poder-se-ia dizer, parafraseando as conhecidas palavras de Rudolf Sohm, que o Direito Constitucional está em contradição com a própria essência da Constituição.¹⁵²

E acrescenta:

Essa negação do direito constitucional importa na negação do seu valor enquanto ciência jurídica. Como toda ciência jurídica, o Direito Constitucional é ciência normativa; diferencia-se, assim, da Sociologia e da Ciência Política enquanto *ciências da realidade*. Se as normas constitucionais nada mais expressam do que relações fáticas altamente mutáveis, não há como deixar de reconhecer que a ciência da Constituição jurídica constitui uma ciência jurídica na ausência do direito, não lhe restando outra função senão a de constatar e comentar os fatos criados pela *Realpolitik*. Assim, o Direito Constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe tão somente a miserável função – indigna de qualquer ciência – de justificar as relações de poder dominantes. Se a Ciência da Constituição adota essa tese e passa a admitir a Constituição real como decisiva, tem-se a sua descaracterização como ciência normativa, operando-se a sua conversão numa

¹⁵² HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*, p. 11.

simples ciência do ser. Não haveria mais como diferenciá-la da Sociologia ou da Ciência Política.¹⁵³

Hesse argumenta que

essa doutrina afigura-se desprovida de fundamento se se puder admitir que a Constituição contém, ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado. A questão que se apresenta diz respeito à força normativa da Constituição. Existiria, ao lado do poder determinante das relações fáticas, expressas pelas forças políticas e sociais, também uma força determinante do Direito Constitucional? Qual o fundamento e o alcance dessa força do Direito Constitucional?¹⁵⁴

Observando que a “Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever-ser”, Hesse distingue a *Constituição real* da *Constituição jurídica*, asseverando que “estão em uma relação de coordenação. Elas condicionam-se mutuamente, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra. Ainda que não de forma absoluta, a Constituição jurídica tem significado próprio”¹⁵⁵.

Atribuindo ao próprio texto constitucional uma força conformadora da realidade, Hesse expõe o conceito de *vontade de Constituição*:

Mas a força normativa da Constituição não reside, tão somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas [...]. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a *vontade de poder* (*Wille zur Macht*), mas também a *vontade de Constituição* (*Wille zur Verfassung*).¹⁵⁶

¹⁵³ Idem, p. 11.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 11.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 15.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 19.

Reconhecendo que “a *interpretação* tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição”,¹⁵⁷ Hesse destaca novamente a relação de coordenação entre as Constituições real e jurídica, concluindo que

uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa.¹⁵⁸

Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes, em sua apresentação à tradução brasileira da obra:

Contraopondo-se às reflexões desenvolvidas por Lassale, esforça-se Hesse por demonstrar que o desfecho do embate entre os fatores reais de Poder e a Constituição não há de verificar-se, necessariamente, em desfavor desta. A Constituição não deve ser considerada a parte mais fraca. Ressalta Hesse que a Constituição não significa apenas um pedaço de papel, como definido por Lassale. Existem pressupostos realizáveis (*realizierbare Voraussetzungen*), que, mesmo em caso de eventual confronto, permitem assegurar a sua força normativa. A conversão das questões jurídicas (*Rechtsfragen*) em questões de poder (*Machtfragen*) somente há de ocorrer se esses pressupostos não puderem ser satisfeitos.

Sem desprezar o significado do fatores históricos, políticos e sociais para a força normativa da Constituição, confere Hesse peculiar realce à chamada *vontade de Constituição* (*Wille zur Verfassung*). A Constituição, ensina Hesse, transforma-se em força ativa se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).¹⁵⁹

É possível afirmar que, nos dias atuais, prevalece a ideia consagrada por Hesse de que os dispositivos constitucionais são efetivamente normas jurídicas

¹⁵⁷ Ibidem, p. 22.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 23.

¹⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. “Apresentação”. In: HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*, p. 5.

dotadas de imperatividade (ainda que em grau diverso, de acordo com o tipo de norma de que se trate).

Mas o aspecto político das Constituições, que no apogeu do Estado Liberal e por conta da consagração das teorias positivistas, perdera terreno para o aspecto jurídico, readquiriu boa parte de sua importância com a crise do liberalismo, conforme demonstrado a breve trecho.

Paralelamente à controvérsia Lassale-Hesse, que ganhou significativa relevância doutrinária, sendo até hoje bastante estudada e discutida, o mundo ocidental assistiu a uma radical transformação nas estruturas dos textos constitucionais, transformação esta oriunda do fracasso do Estado liberal e da consagração da ideia de Estado social.

6.1.2. A crise do liberalismo e o surgimento do Estado social

As declarações de direitos, que marcaram a ideologia constitucional e o atual perfil das Constituições, tinham inicialmente um viés indiscutivelmente individual. A concepção de Constituição como instrumento de proteção do indivíduo contra o arbítrio do Estado leva à consagração, nas cartas constitucionais, dos chamados direitos fundamentais de primeira dimensão,¹⁶⁰ que impõem *vedações* ao Estado – daí porque também são denominados direitos negativos.

A miséria provocada pela exploração das indústrias sobre os trabalhadores, principalmente por conta da Revolução Industrial, demonstrou a falibilidade do modelo liberal como suficiente para regular as questões sociais. Ficou evidente que a mera abstenção estatal não bastava para que as relações entre os particulares ficassem isentas do arbítrio, a partir de então imposto aos indivíduos não só pelo Estado, mas também pelos detentores do capital.

¹⁶⁰ Como é sabido, a doutrina vale-se ora do vocábulo “dimensões”, ora do vocábulo “gerações”, para classificar as espécies de direitos fundamentais que surgiram ao longo do tempo. No presente trabalho será usado o termo “dimensões”, uma vez que o termo “gerações” pode levar à equivocada conclusão de superação de uma geração por outra. Os direitos fundamentais de segunda dimensão, à toda evidência, não superaram os de primeira dimensão, nem foram superados pelos de terceira dimensão. Diante do fato de que todas as dimensões de direitos fundamentais são igualmente relevantes, o termo “dimensão” parece ser mais adequado do que o termo “geração”.

As tensões sociais oriundas dessa situação propiciaram o surgimento de uma nova espécie de Constituição, agora não mais voltada apenas à proteção dos direitos individuais, mas também preocupada com os direitos sociais, os chamados direitos fundamentais de segunda dimensão. Nesse contexto têm extrema relevância histórica a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição da República de Weimar de 1919.

Mas a inclusão dos direitos sociais nas Constituições, muitos dos quais previstos em normas de caráter programático, teve por consequência o ressurgimento do debate acerca da normatividade dos dispositivos constitucionais, bem como o fortalecimento do aspecto político das Constituições – do que resultou indiretamente uma reavaliação dos seus aspectos jurídicos. Nesse sentido, esclarece Paulo Bonavides:¹⁶¹

Quase todo o edifício jurídico das Constituições liberais erguido durante o século XIX veio abaixo. A *programaticidade* dissolveu o conceito jurídico de Constituição, penosamente elaborado pelos constitucionalistas do Estado Liberal e pelos juristas do positivismo. De sorte que a eficácia das normas constitucionais voltou à tela de debate, numa inquirição de profundidade jamais dantes lograda.

O drama jurídico das Constituições contemporâneas assenta, como se vê, na dificuldade, se não, impossibilidade de passar da enunciação de princípios à disciplina, tanto quanto possível rigorosa ou rígida, de direitos acionáveis, ou seja, passar da esfera abstrata dos princípios à ordem concreta das normas.

Quando as Constituições do liberalismo, ao construírem um Estado de Direito sobre bases normativas, pareciam haver resolvido a contento, durante o século XIX, esse desafio, eis que as exigências sociais e os imperativos econômicos, configurativos de uma nova dimensão da Sociedade a inserir-se no corpo jurídico dos textos constitucionais, trouxe à luz a fragilidade de todos os resultados obtidos. As antigas Constituições, obsoletas ou ultrapassadas, viram então criar-se ao redor de si o clima da *programaticidade* com que os modernos princípios buscavam cristalizar um novo direito, onde afinal se operou a elaboração das Constituições do século XX: inaugurava-se assim a segunda fase – até agora não ultrapassada – de programaticidade das Constituições. Programaticidade que nós queremos seja jurídica” e não “programática”, isto é, sem positividade.

Bonavides aponta a dificuldade oriunda de tal quadro:¹⁶²

¹⁶¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 232-3.

¹⁶² Ob. cit., p. 233-4.

Desaparelhado de ferramentas teóricas com que interpretar e caracterizar os novos institutos e princípios introduzidos nas Constituições por efeito de comoções ideológicas, cuja intensidade se fez sentir acima de tudo durante o período subsequente à Primeira Grande Guerra Mundial, o velho Direito Constitucional entrou em crise.

A Constituição de Weimar foi fruto dessa agonia: o Estado liberal estava morto, mas o Estado social ainda não havia nascido. As dores da crise se fizeram mais agudas na Alemanha, entre os seus juristas, cuja obra de compreensão das realidades emergentes se condensou num texto rude e imperfeito, embora assombrosamente precursor, de que resultariam diretrizes básicas e indeclináveis para o moderno constitucionalismo social.

A queda do grau de *juridicidade* das Constituições nessa fase da anárquica e conturbada doutrina se reflete em programaticidade, postulados abstratos, teses doutrinárias; tudo isso ingressa copiosamente no texto das Constituições. O novo caráter da Constituição lembra de certo modo o período correspondente a fins do século XVIII, de normatividade mínima e programaticidade máxima. E o lembra, como estamos vendo, precisamente pelo fato de que deixa de ser em primeiro lugar *jurídico* para se tornar preponderantemente político.

O retorno à programaticidade empalidece tudo quanto antes se conheceu em matéria de abstração constitucional, porquanto o conteúdo normativo sobre que incidem as máximas programáticas no constitucionalismo do século XX tem uma vastidão abrangedora de toda a esfera material da sociedade.

Portanto, verifica-se que, se a inclusão dos direitos sociais nas atuais Constituições resulta de um inevitável reconhecimento da falência do liberalismo e da necessidade de uma maior regulamentação das questões sociais (de que é prova, inclusive, o surgimento dos chamados direitos fundamentais de terceira dimensão), a contraparte dessa situação consiste em certa perda de normatividade dos preceitos constitucionais, justamente por conta do fato de que uma série de direitos sociais, por sua própria estrutura e conteúdo, só pode ser constitucionalmente prevista mediante normas programáticas – sendo necessário reconhecer, ainda, que essa programaticidade, ao robustecer o aspecto político das Constituições, acaba por mitigar em algum grau seu aspecto jurídico. Esse o dilema que se colocou para os estudiosos do direito constitucional do século XX – dilema que, no final da primeira década do século XXI, ainda aparenta estar longe de encontrar uma solução satisfatória.

6.1.3. A desconstrução e a reconstrução da ideia positivista

A par de tais questões, circunstância que influenciou sobremaneira no atual perfil das Constituições foi a superação do positivismo em sua vertente tradicional.

O positivismo jurídico, consequência da filosofia positivista de Auguste Comte, fundamentou-se na ideia de que o Direito seria capaz de solucionar os problemas propostos pela ciência jurídica, sem o auxílio de outros ramos da ciência. Essa pretensão de unicidade do direito resultou num distanciamento (ao menos aparente, e indiscutivelmente pretendido pelos positivistas) entre o direito e a moral. O positivismo impunha-se como alternativa a um jusnaturalismo não condizente com os rumos que a sociedade tomava.

Os horrores da Segunda Grande Guerra Mundial revelaram o equívoco perpetrado pelos positivistas, bem como a insuficiência da teoria juspositivista como instrumento apto a solucionar os problemas da sociedade. Nos conhecidos julgamentos de Nuremberg, o estrito respeito à lei então vigente foi o principal argumento utilizado pelos carrascos nazistas para justificar as atrocidades cometidas contra os judeus.

Rapidamente ficou claro que o apego à lei em seus aspectos meramente formais, sem que se levassem em conta os aspectos axiológicos que norteiam as condutas sociais, afigurava-se tão insuficiente para regular a vida em sociedade quanto o enfoque jusnaturalista tão criticado pelos adeptos do positivismo. Impunha-se um passo à frente.

A reaproximação entre direito e moral, a consideração de valores que, em última análise, guardavam inegáveis traços jusnaturalistas, a reformulação da concepção tradicional do positivismo, todos esses fatores, dentre outros, levaram não apenas à desconstrução da teoria positivista em seu aspecto “clássico”, mas também a uma reconstrução dessa teoria, moldada à luz dos eventos em questão. Expressões como “neopositivismo” e “pós-positivismo” ganharam espaço e

entraram em voga, numa tentativa de explicar um “positivismo com valores” ou “positivismo axiológico”.

É evidente que, diante da presença cada vez mais consolidada da Constituição no cerne dos debates sobre os problemas das sociedades modernas, a ascensão desse “neopositivismo” ensejaria o surgimento de um “neoconstitucionalismo”. E, embora a proximidade histórica e o fato de que tais teorias ainda se encontram em desenvolvimento não permitam um delineamento peremptório acerca das características dessas novas teorias, já é possível encontrar algum consenso no que tange a seus aspectos fundamentais.

6.1.4. O neoconstitucionalismo

Luís Roberto Barroso¹⁶³ sintetiza com maestria as peculiaridades do momento atual de desenvolvimento do constitucionalismo, apontando o que entende por três marcos fundamentais, a saber: o histórico, o filosófico e o teórico.

O marco histórico “foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália”,¹⁶⁴ salientando o ilustre jurista que:

A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático.

Em relação ao marco filosófico, Barroso esclarece que

é o pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência de duas grandes correntes do pensamento que oferecem paradigmas opostos para o direito: o jusnaturalismo e o

¹⁶³ BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil”. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 63/64, jan./dez. 2006, p. 1-59.

¹⁶⁴ Idem, p. 3.

positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de ideias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo.”¹⁶⁵

Finalmente, em relação ao marco teórico, aponta Barroso que

três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.¹⁶⁶

Desenvolvendo o aspecto concernente ao marco teórico, é possível afirmar que a expansão da jurisdição constitucional e a nova hermenêutica constitucional desempenham papel fundamental na atribuição de força normativa às disposições constitucionais.

O caso brasileiro é paradigmático dessas circunstâncias, especialmente a partir da redemocratização e da promulgação da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, especialmente em sua atual composição, vem inovando substancialmente no terreno da interpretação constitucional, atribuindo à Carta de 1988 uma feição e uma normatividade até então desconhecidas pela realidade brasileira. E o faz muitas vezes *criando* direito, assumindo uma indiscutível *função normativa*.

Indiscutivelmente, o Pretório Excelso, em suas composições mais recentes, vem atribuindo à Constituição Federal uma força expansiva até então inédita no Brasil, sempre com o objetivo de conferir aos dispositivos constitucionais máxima efetividade. Com efeito, a adoção de métodos interpretativos que não mais se limitam à mera subsunção dos fatos à norma (técnica, de resto, insuficiente para supedanejar a hermenêutica de uma Constituição essencialmente principiológica e calcada nos direitos fundamentais e na dignidade da pessoa humana) ou ao emprego dos elementos gramatical, lógico, histórico e sistemático (tal como

¹⁶⁵ Ibidem, p. 5.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 6.

propunha Savigny) foi capaz de levar os dispositivos constitucionais a patamares inéditos de efetividade – embora, impõe-se reconhecer, o *deficit* de efetividade de tais normas ainda seja elevado e preocupante.

Por tais razões, convém que, a essa breve análise teórica, siga-se uma verificação do caso brasileiro.

7. O Supremo Tribunal Federal e a interpretação da Constituição Federal de 1988

Diante desse “novo constitucionalismo” que a cada dia ganha corpo, o papel do Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição e cúpula do Poder Judiciário brasileiro, é da mais alta relevância. E há de se reconhecer que o Pretório Excelso não se tem furtado à tarefa que a Carta de 1988 lhe impõe, valendo-se de instrumentos que por diversas vezes ultrapassam o direito positivo, desenvolvendo uma atividade indiscutivelmente *criativa*.

Tal postura evidencia um notável desenvolvimento não só do próprio Supremo como, também, da compreensão do texto constitucional vigente. E, se é fato que há inegáveis momentos de exagero – a ponto de Oscar Vilhena Vieira mencionar (e criticar) na atualidade brasileira a existência de uma “supremocracia”¹⁶⁷ – é também indiscutível, por outro lado, que essa postura de maior protagonismo e de ampla criatividade do Supremo Tribunal Federal tem contribuído para a concretização de direitos fundamentais e para o suprimento de omissões oriundas de outras esferas do poder público, de modo que há um indiscutível aspecto benéfico na atual posição do Pretório Excelso.

7.1. Breve nota histórica

Embora o Brasil contasse com um Tribunal voltado à uniformização da jurisprudência nacional desde 1808 – a Casa de Suplicação do Brasil, criada com a vinda da Corte Portuguesa para o Brasil –, o Supremo Tribunal Federal somente foi instituído em 11 de outubro de 1890, pelo Decreto n. 848, sofrendo forte influência

¹⁶⁷ VILHENA VIEIRA, Oscar. “Supremocracia: vícios e virtudes republicanas”. In: *Valor Econômico*, edição de 06.11.2007. De acordo com o autor, a “questão fundamental é saber até quando o STF poderá suportar esta enorme pressão decorrente da incapacidade de nosso sistema político de deliberar dentro de parâmetros legais e racionais. Como a função de interpretar a Constituição é em grande medida política, dada as ambiguidades e a alta carga de valores morais abrigada pelo texto constitucional, corre-se o risco de um processo de fadiga, que leve ao esgarçamento da preciosa autoridade do STF”.

das cortes europeias. Por ocasião de sua criação, a influência norte-americana no direito brasileiro ainda era incipiente, como anota Álvaro Ricardo de Souza Cruz:¹⁶⁸

O positivismo de Augusto Comte, a influência do pensamento político de Benjamim Constant e o Código Civil Napoleônico também marcaram profundamente o modo de pensar do jurista brasileiro, fazendo-se presente como corrente majoritária no início do séc. XX.

Assim, a influência norte-americana e de sua Suprema Corte eram extremamente limitadas.

Rui Barbosa era uma exceção notória nesse quadro de ignorância do Direito americano. [...]

Parece mais razoável a perspectiva de Baleeiro (1968), pela qual a influência do gênio de Barbosa somou-se à pressão positivista do Exército, desejoso de uma instituição capaz de colocar freios aos excessos do Legislativo. [...]

Acredita-se que os homens do Governo Provisório tinham modelado o Supremo Tribunal Federal à imagem da Suprema Corte americana muito mais como um instrumento de conservação do regime e de controle dos atos do Parlamento. Isso se explica porque as ideias republicanas eram concepções muito minoritárias naquele período.

[...]

O Supremo Tribunal Federal foi concebido como instituição que deveria garantir a Constituição – leia-se República, mesmo contra eventuais maiorias parlamentares que apoiassem o retorno da Monarquia.

Constata-se, assim, que o objetivo primordial da criação do STF – a preservação da República – atendia antes a um interesse dos então detentores do Poder, do que à função de garantia dos cidadãos contra os arbítrios estatais. Tanto que o mencionado autor admite que “o Supremo nascera como óbice a um contragolpe monárquico”,¹⁶⁹ embora reconheça, logo a seguir, que:

Todavia, se de um lado o Supremo Tribunal Federal exerceu um papel consolidador da forma republicana de governo, certamente também desempenhou na época notável papel de guardião dos direitos fundamentais, vindo a contrariar por diversas vezes o Poder Executivo.¹⁷⁰

¹⁶⁸ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. “Breve histórico do Supremo Tribunal Federal e do controle de constitucionalidade brasileiro”. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Crise e desafios da Constituição*, p. 201-68.

¹⁶⁹ Idem, p. 211.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 212.

Portanto, já se vislumbra, desde a criação do STF, uma função de guardião da Constituição, embora à época tal função fosse marcada por um forte positivismo.

O STF manteve-se em funcionamento durante toda a ditadura de Getúlio Vargas, embora a Carta de 1937 tenha implicado uma notável diminuição de seus poderes, mormente no que tange ao controle de constitucionalidade, já que a decisão proferida pelo Supremo poderia ficar sem efeito por decisão do Congresso Nacional. A dissolução do Congresso fez com que tal competência ficasse nas mãos do próprio Vargas.

Esse período é marcado por momentos de completa submissão do STF aos ditames do Executivo, ainda que frente a graves violações de direitos fundamentais. O exemplo mais notório e citado pela doutrina é o do *Habeas Corpus* n. 26.155, tendo por paciente Maria Prestes (também conhecida como Olga Benário), no qual os ministros do Supremo, embora plenamente cientes de que a não concessão do *writ* implicaria a morte da paciente sob o regime nazista, deixaram de conhecer o pedido, sob o argumento de que “a mesma paciente é estrangeira e sua permanência no país compromete a segurança nacional”, e de que “em casos tais não há como invocar a garantia do *habeas corpus*”¹⁷¹.

A Constituição de 1946 devolveu ao controle de constitucionalidade o perfil originalmente traçado pela Carta de 1934, o que, no entanto, não implicou uma maior interferência do Supremo nas chamadas questões políticas. Exemplo disso é o cancelamento do registro do Partido Comunista Brasileiro, em 1947, que ensejou a cassação dos mandatos dos parlamentares comunistas no ano seguinte, sendo sistematicamente indeferidos todos os *habeas corpus* interpostos pelos parlamentares cassados na ocasião.¹⁷²

O regime militar que se instaurou no país a partir do golpe de 1964 e perdurou até a eleição de Tancredo Neves (dilatando-se, em termos constitucionais,

¹⁷¹

Disponível

em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC26155.pdf>.

Acesso em: 28.05.2010.

¹⁷² Ver, nesse sentido, o *Habeas Corpus* n. 29.736 e o Recurso Extraordinário n. 12.369. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico&pagina=principalStf>. Acesso em: 28.05.2010.

até a promulgação da Constituição de 1988) trouxe, além dos “simulacros” constitucionais de 1967 e 1969, importantes alterações no regime do controle de constitucionalidade brasileiro – como o controle abstrato de normas estaduais e federais implantado pela Emenda Constitucional n. 16/65.

O aumento do número de Ministros do STF, de onze para dezesseis, por meio do Ato Institucional n. 2, teve o nítido intento de aumentar a influência do governo militar sobre as decisões do Supremo, com a nomeação de cinco novos Ministros indicados pelo novo governo (e, por conseguinte, com ideias, valores e interesses com este harmonizados).

Novamente, é Álvaro Ricardo de Souza Cruz quem sintetiza o quadro que então se apresentava:¹⁷³

A introdução da via direta de controle concentrado da constitucionalidade das leis traduzia apreço da “Revolução” para com o Supremo Tribunal Federal.

No entanto, tal não se afigura assim, muito pelo contrário. O regime militar, pelo AI-2, acabara de impor a suspensão das garantias constitucionais da magistratura relativas à inamovibilidade, vitaliciedade e estabilidade, bem como majorava o número de Ministros do Tribunal. Ademais, consignara como único legitimado à propositura da representação de inconstitucionalidade o Procurador-Geral da República que, à época, nada mais era que elemento institucional da ditadura.

Quatro meses depois, em 5 de fevereiro de 1966, a ditadura editou o Ato Institucional n. 3, que excluía da apreciação qualquer ato praticado com fundamento nos Atos Institucionais e Complementares da “Revolução” (art. 6º), dando, então, a real dimensão do controle da constitucionalidade das leis naquele período.

[...]

O Supremo não reagiu. Ao contrário, acatou a imposição da ditadura, respeitando as normas do AI-3, sem discutir sua legitimidade, chegando mesmo a reconhecer a superioridade hierárquica dos atos institucionais no Ordenamento Jurídico nacional.

A conclusão a que o citado autor chega, especialmente no tocante ao controle de constitucionalidade, é de imensa relevância para o objeto do presente estudo:

¹⁷³ Ob. cit., p. 231-2.

Tudo isso somado conduz à conclusão que também o controle abstrato de constitucionalidade das leis nasceu no Brasil sob o signo dos interesses governamentais, posto que o mesmo ocorrera em 1981, na via difusa, por receio de suporte parlamentar a qualquer movimentação dos monarquistas, ou seja, por detrás do discurso de fortalecimento do Supremo, o regime militar acrescia ao Ordenamento Jurídico um instrumento de repressão do Estado.

Todavia, não estava ainda o Supremo inteiramente subjugado.

No dia 10 de dezembro de 1968, já sob o manto da Carta de 1967, o Supremo viria a ordenar a liberdade de dezenas de estudantes ligados à UNE (União Nacional do Estudantes) que se manifestavam contra a arbitrariedade do governo.

A decisão praticamente desconsiderava o art. 150 daquele texto, que vedava a apreciação do Judiciário de crimes praticados contra a “Segurança Nacional”.

A “insubordinação do Supremo”, bem como a recusa do Congresso Nacional em processar o deputado Márcio Moreira Alves, somadas a um quadro de manifestações pacíficas ou não (guerrilha), levaram ao recrudescimento máximo do regime.¹⁷⁴

Recrudescimento este que resultou no Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968, de triste memória. O Ato Institucional n. 6, de 1º de setembro de 1969, reduziria o número de ministros do STF novamente para onze, por meio da aposentadoria dos três ministros mais resistentes à barbárie perpetrada pelos militares (Hermes Lima, Evandro Lins e Silva e Victor Nunes Leal), à qual se seguiram as aposentadorias voluntárias de Antônio Carlos Lafayette de Andrade e Antônio Gonçalves de Oliveira, em manifestação de repúdio à conduta dos militares para com a Corte. Diante de tal quadro, assevera Álvaro Ricardo de Souza Cruz que o “Supremo permaneceu como mero fantoche do regime militar, praticamente até sua exaustão”¹⁷⁵.

O histórico até aqui traçado evidencia momentos de maior ou menor submissão do STF ao Executivo, momentos de louvável coragem e de vergonhosa covardia, momentos, em suma, nos quais se verifica uma variação do papel do STF enquanto guardião da Constituição.

¹⁷⁴ Ob. cit., p. 233-4.

¹⁷⁵ Ob. cit., p. 235.

Contudo, em todos esses momentos uma circunstância manteve-se inalterada: quando presente o respeito à Constituição e às leis, este sempre se deu de forma estrita, sem um alargamento hermenêutico que ultrapasse o chamado “direito posto”. Nesses momentos o STF, espelhando a cultura jurídica de então (e que ainda prevalece no Brasil), pautou por um apego ao texto da lei (que não se confunde com apego ao direito) por vezes excessivo.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 é o ponto de partida para uma mudança – a princípio sutil, mas cada vez mais intensa – nessa mentalidade.

Com efeito, embora em termos formais a redemocratização do País não tenha implicado alterações significativas na estrutura do Supremo Tribunal Federal, é indiscutível que a promulgação da Carta de 1988 foi o primeiro passo de um processo – ainda em andamento – de radical mudança da posição do STF na sociedade.

7.2. A redemocratização e a Constituição de 1988

Indiscutivelmente, a promulgação da Constituição de 1988 inaugura uma nova era no constitucionalismo brasileiro. Nesse sentido, afirma Barroso:

Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu, em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um *sentimento constitucional* no país é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor.¹⁷⁶

A Constituição de 1988 não foi apelidada por Ulysses Guimarães de “Constituição cidadã” à toa. Dentre todas as que marcaram a história constitucional brasileira, é a Constituição que mais garante direitos aos cidadãos e, mais do que

¹⁷⁶ Ob. cit., p. 4.

isso, confere instrumentos aptos à garantia desses direitos. O mandado de injunção, o mandado de segurança coletivo, o *habeas data*, dentre uma série de outros direitos e garantias, evidenciam a tônica da atual Constituição brasileira, calcada sobretudo nos direitos humanos e no princípio da dignidade da pessoa humana.

No que tange ao controle de constitucionalidade, o rol dos legitimados foi substancialmente ampliado, nele sendo incluídas instituições representantes da própria sociedade (e não mais, nesse aspecto, apenas os partidos políticos como representantes do povo). A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a ação declaratória de constitucionalidade, bem como as leis regulamentadoras dos chamados processos objetivos (as Leis ns. 9.756/98, 9.868/99 e 9.882/99), aproximam a sociedade do processo de controle de constitucionalidade. A possibilidade da interferência do *amicus curiae* nos processos objetivos e a possibilidade da realização de audiências públicas são outros meios de concretizar essa aproximação.

A tudo isso há de se somar o fato de que a atual composição do Supremo Tribunal Federal adota uma postura maximalista em relação ao texto constitucional, colocando-se não como aplicador da lei, e sim como aplicador do direito. Nesse sentido, a Corte tem alterado entendimentos consolidados durante anos, inovando significativamente – e essa inovação tem reflexos não apenas no Judiciário, mas também em todas as esferas do poder público.

Por outro lado, o STF tem adotado uma postura de maior aproximação da sociedade, evitando o isolamento e buscando uma maior proximidade com o conceito de sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, de Peter Häberle.

Diante de tais circunstâncias, é lícito afirmar que o sentido do texto constitucional, na forma como vem sendo construído pelo Supremo Tribunal Federal ao longo dos últimos anos, há de se manter em constante mutabilidade. Não se vislumbra um ponto de chegada a ser atingido pelo Supremo na interpretação da Constituição, nem parece ser esta a intenção da Corte.

Convém, no entanto, analisar com maior proximidade os aspectos desse “novo Tribunal” que se apresenta à sociedade.

7.3. O Supremo Tribunal Federal hoje

Conforme afirmado ao longo do trabalho, as mais recentes composições do Supremo Tribunal Federal,¹⁷⁷ ancoradas nos preceitos do novo constitucionalismo e as mais modernas técnicas de hermenêutica constitucional, vêm dando soluções inovadoras a questões que até então recebiam respostas juridicamente mais ortodoxas.

A intenção da Corte é clara nesse sentido: o Supremo vem buscando se afirmar como verdadeiro ator social, buscando se afastar da vetusta ideia de “boca da lei” que norteia a conduta do Judiciário desde os tempos de Montesquieu.

A adoção de um maior protagonismo frente a tais questões vem suscitado críticas por conta de um eventualmente acerbado “ativismo judicial” – expressão bastante em voga, mas amiúde empregada com sentidos diversos – que, por vezes, resvala no princípio da separação de Poderes.¹⁷⁸

Certo é, no entanto, que a atual postura do Supremo tem dado concreção a uma série de dispositivos constitucionais cuja eficácia vinha sendo nulificada justamente por conta da conduta de seus destinatários, que não se sentiam efetivamente obrigados a cumpri-los.

É evidente que essa conduta mais ativa por parte do Supremo, se resolve uma série de problemas, suscita diversas outras questões. Nada há de novo em tal situação. Sendo forçosamente dialéticas as forças sociais que se entrechocam no cotidiano de sociedades complexas, sendo multifacetados os interesses e os

¹⁷⁷ O Supremo Tribunal Federal é atualmente composto pelos Ministros Gilmar Ferreira Mendes, Cezar Peluso (atual Presidente da Corte), Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Carlos Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, José Antônio Dias Toffoli e Luiz Fux.

¹⁷⁸ Tal fenômeno decorre da chamada “politização do Judiciário” ou “judicialização da política”, consistente na circunstância de o Poder Judiciário, chamado a suprir lacunas dos Poderes Legislativo e Executivo na área das políticas públicas, o que leva, por vezes, à substituição da discricionariedade do legislador e do administrador público pela discricionariedade do julgador na escolha dos rumos que as aludidas políticas públicas devem seguir, o que implicaria, para os aludidos críticos, uma violação ao princípio da separação de Poderes.

conflitos daí decorrentes, não surpreende que a criação do direito, ainda que sobre uma base relativamente estável – a Constituição – se apresente como fenômeno em constante mutação.

A análise de algumas situações concretas evidencia o quanto a hermenêutica constitucional evoluiu nos últimos anos, bem como a complexidade das questões que decorrem de tal situação.

a) *Habeas Corpus* n. 82.959

No julgamento desse *habeas corpus*, em fevereiro de 2006, a Corte alterou entendimento sustentado durante dezesseis anos, relativo à constitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos, que, à época, previa a integralidade do regime fechado para o cumprimento das penas aplicadas em decorrência de crimes hediondos e assemelhados. O Supremo passou a entender que o regime integral fechado consubstancia uma violação do princípio constitucional da individualização da pena, sendo, portanto, inconstitucional.

A partir de março de 2006, as duas turmas do Supremo passaram a julgar monocraticamente os *habeas corpus* referentes à mesma matéria, julgando procedentes inclusive diversas reclamações interpostas em razão de entendimentos dissonantes por parte de instâncias inferiores – malgrado não tenha sido atribuída à decisão efeito *erga omnes*.

Como consequência da pacificação desse entendimento, que gerou uma distorção – todos os crimes, hediondos ou não, passaram a ter a progressão de regime em patamares idênticos, a saber, um sexto do cumprimento da pena – o Congresso Nacional alterou a Lei dos Crimes Hediondos, *acatando* o entendimento do STF, mas determinando, por outro lado, que a progressão do regime no caso dos crimes hediondos tivesse um patamar mais severo do que a prevista para os crimes comuns.

b) Mandados de Injunção ns. 708 e 718

As decisões proferidas por meio dos aludidos mandados de injunção implicou substancial alteração no que tange ao entendimento até então vigente no Supremo Tribunal Federal quanto aos efeitos da decisão proferida em ações de tal natureza.

Até então, o Supremo acolhia a tese de que, em relação às omissões do poder público, a decisão tinha o único efeito de declarar a mora inconstitucional do ente omissor.

A postura do STF sempre foi severamente criticada pela doutrina, a ponto de José Afonso da Silva afirmar que interpretação dada pelo Supremo ao mandado de injunção “praticamente o torna sem sentido ou, pelo menos, muitíssimo esvaziado”.¹⁷⁹

A partir das considerações do Ministro Eros Roberto Grau, de que a ideia de “separação de Poderes” na verdade corresponde à de “separação de funções”, sendo que o Judiciário, assim como o Legislativo e o Executivo, é dotado de uma *função normativa* constitucionalmente atribuída,¹⁸⁰ o Supremo supriu a omissão do ente federal, que não criara legislação infraconstitucional específica reguladora da greve dos funcionários públicos, passando a valer a decisão proferida nos supracitados mandados de injunção *como se legislação efetivamente fosse*, até que sobrevenha a legislação supridora da mora inconstitucional do ente federativo em questão.

c) Recurso Extraordinário n. 197.917

No julgamento do aludido recurso extraordinário, o Supremo, ao tratar da questão da redução do número de vereadores no Município de Mira Estrela, acolheu o argumento invocado pelo Ministro Gilmar Mendes, no sentido de que “se

¹⁷⁹ DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 451.

¹⁸⁰ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. Afirma o autor: “A separação dos Poderes constitui um dos mitos mais eficazes do Estado liberal [...] o Legislativo não é titular de monopólio senão da *função legislativa*, parcela da *função normativa*, e não de toda esta, como a recepção irrefletida da teoria da ‘separação dos Poderes’, à primeira vista, indica. [...] Logo, quando o Executivo e o Judiciário emanam atos normativos de caráter não legislativo [...] não o fazem no exercício de função legislativa, mas sim no desenvolvimento de *função normativa*”. (p. 225, 244 e 248).

o STF declarar a inconstitucionalidade restrita, sem qualquer ressalva, essa decisão afeta os demais processos com pedidos idênticos pendentes de decisão nas diversas instâncias”,¹⁸¹ dando efeito transcendente aos motivos determinantes subjacentes à decisão declaratória de inconstitucionalidade.

Assim, embora tal julgamento tenha se dado em sede de controle difuso de constitucionalidade, o STF, visando a suprir lacuna no texto constitucional acerca do número mínimo e máximo de vereadores por cidade, elaborou uma verdadeira norma geral, válida para todos os municípios do país, traçando um parâmetro aritmético que estabelece uma relação entre o número de habitantes de cada município e os respectivos números mínimo e máximo de vereadores.

Tal decisão consubstancia inequívoca norma geral, expressão da *função normativa* a que se refere Eros Grau, proferida em sede de controle difuso, representando, por conseguinte, expressiva inovação hermenêutica.

d) “Mutação constitucional” em relação ao art. 52, X, da Constituição Federal

Em diversas decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade, o Supremo vem adotando a tese da chamada *abstrativização do controle difuso*, salientando a ocorrência de uma “mutação constitucional” em relação ao inciso X do art. 52 da Constituição Federal.

O Ministro Gilmar Mendes tem sustentado, não apenas em suas decisões, mas também em sede doutrinária, que é

possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica “reforma da Constituição sem expressa modificação do texto”.¹⁸²

¹⁸¹ Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>. Acesso em 05.02.2011.

¹⁸² MENDES, Gilmar Ferreira. “O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional”. In: *RIL*, 162/165.

A despeito dos argumentos expostos pelo Ministro Gilmar Mendes – acolhido, de resto, pelo Pleno do Supremo sem maiores contestações – impõe-se reconhecer que a situação narrada não consubstancia “mutação constitucional”, porque, ao contrário do afirmado pelo Ministro, implica radical alteração do texto constitucional. Com efeito, se cabe privativamente ao Senado suspender a execução de uma lei (art. 52, X), não há como torcer o dispositivo – sem alterar sua redação – para afirmar que cabe ao Senado apenas dar publicidade à decisão.

e) Audiências públicas

Conforme informado no *site* do Supremo Tribunal Federal:¹⁸³

A Audiência Pública, convocada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministro Gilmar Mendes, ouviu 50 especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do sistema único de saúde, nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009.

Os esclarecimentos prestados pela sociedade a esta Audiência Pública serão de grande importância no julgamento dos processos de competência da Presidência que versam sobre o direito à saúde. Hoje, tramitam no Tribunal os Agravos Regimentais nas Suspensões de Liminares ns. 47 e 64, nas Suspensões de Tutela Antecipada ns. 36, 185, 211 e 278, e nas Suspensões de Segurança ns. 2.361, 2.944, 3.345 e 3.355, processos de relatoria da Presidência.

Ainda que os argumentos levados ao Supremo por meio das audiências públicas em questão não sejam capazes de alterar o entendimento dos ministros acerca das questões suscitadas, a mera *consideração* desses argumentos, por parte do Supremo, e a iniciativa deste em ouvir diversos setores da sociedade, evidenciam uma aproximação entre a Corte e a população.

Inúmeros outros exemplos poderiam ser invocados, mas os já apontados são mais que suficientes para demonstrar uma radical transformação no papel que o Supremo vem desempenhando na sociedade ao longo dos últimos anos.

183

Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC26155.pdf>. Acesso em 11.12.2010.

O cotejo do atual desempenho do STF com sua postura desde sua criação torna clara uma evolução vertiginosa – evolução esta que, como já afirmado, parece não ter a pretensão de alcançar um ponto de definitividade (nem a Constituição de 1988 o permitiria, por sua própria natureza), mas de permanecer numa construção contínua, em constante evolução, mantendo o sentido da Constituição sempre atualizado.

Delineados o atual perfil do Supremo Tribunal Federal e os parâmetros basilares da interpretação constitucional, mormente no que concerne aos direitos fundamentais, impende passar à análise da temática dos direitos humanos para, na sequência, conjugar os dois campos de estudo, à luz do que determina o § 2º do art. 5º da Constituição Federal e da interpretação que o Pretório Excelso tem dado a tal dispositivo.

8. O Brasil e os tratados internacionais de direitos humanos

A análise do tratamento que a Constituição Federal de 1988 reserva aos tratados internacionais de direitos humanos, bem como dos debates doutrinários e jurisprudenciais que se desenvolveram ao redor do tema, evidenciam a elaboração de um sistema jurídico obscuro e confuso, que (talvez deliberadamente) não apresenta dispositivos claros e precisos o suficiente para encerrar as inúmeras controvérsias que a matéria suscita.

Com efeito, em que pese o fato de a Constituição de 1988, como marco da redemocratização, atribuir aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana papel de centralidade e proeminência, com força irradiante por todo o sistema jurídico brasileiro, o legislador constituinte parece não ter atentado para a circunstância de que o processo de internacionalização dos direitos humanos, já em franca expansão por ocasião da Assembleia Constituinte, tornava imperativa a elaboração de um sistema jurídico apto a regular as tensões que inevitavelmente surgiriam entre direito interno e direito internacional na seara da proteção dos direitos humanos.

A Constituição resultante, por conseguinte, afigura-se lacunosa na questão da internacionalização da proteção dos direitos humanos, tendo deixado aos seus intérpretes a árdua tarefa de extrair-lhe um sentido condizente com o texto constitucional em sua integralidade.

Embora grande parte da doutrina¹⁸⁴ sustente a existência de uma distinção axiológica entre tratados internacionais que versam sobre direitos humanos e tratados internacionais que tratam de outros temas, a Constituição Federal de 1988 não estabeleceu expressamente qualquer espécie de distinção entre os tratados, mormente de caráter hierárquico, situação que durou de sua promulgação até a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004, que acrescentou ao art. 5º da CF um § 3º, estabelecendo que tratados internacionais de

¹⁸⁴ Citem-se, à guisa de exemplo, Flávia Piovesan, Antônio Augusto Cançado Trindade, Ingo Wolfgang Sarlet, Valerio de Oliveira Mazzuoli, Vidal Serrano Nunes Jr. e George Rodrigo Bandeira Galindo, dentre inúmeros outros.

direitos humanos passariam a ter hierarquia equivalente à das emendas constitucionais.

Se a intenção do poder constituinte derivado, com a elaboração de tal norma, era pacificar os intensos debates que se desenvolveram acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, a estratégia revelou-se absolutamente falha. A questão não apenas não foi pacificada, como os debates se tornaram ainda mais acirrados. Não obstante tenha o Supremo Tribunal Federal pacificado (de forma não unânime) o entendimento jurisprudencial sobre o tema,¹⁸⁵ a doutrina ainda debate os acertos e equívocos de tal decisão, não se vislumbrando qualquer horizonte de consenso.

O objetivo do presente capítulo é apontar as principais correntes doutrinárias acerca da matéria, bem como analisar a procedência e a força de seus argumentos. Para isso, porém, é necessário, antes de mais nada, entender a sistemática adotada pela Constituição Federal de 1988 em relação aos tratados internacionais e à forma como estes ingressam no ordenamento jurídico brasileiro. Entendida tal sistemática, será possível averiguar se os tratados internacionais de direitos humanos efetivamente recebem – como afirma parte da doutrina – tratamento diferenciado dos demais tratados, e, finalmente, como a doutrina e a jurisprudência buscam resolver o dilema de eventuais antinomias entre normas internas e tratados internacionais de direitos humanos.

8.1. O Brasil e os tratados internacionais

Como já mencionado, o Brasil, em sua atual Constituição, embora reconheça a centralidade dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, não traçou, de início, qualquer distinção procedimental entre os tratados internacionais de direitos humanos e os tratados internacionais que versam sobre outros temas.

Assim, a rigor, à exceção da norma prevista no § 3º do art. 5º da Constituição, o texto constitucional revela-se omissivo no que tange a uma suposta

¹⁸⁵ A partir do julgamento do RE n. 466.343-1/SP, já mencionado.

distinção entre os tratados internacionais, a depender da matéria sobre a qual versam.

É inegável, no entanto, o papel central que a Constituição atribui aos direitos fundamentais e à dignidade humana. Com efeito, já em seu art. 1º elenca a dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil (inciso III). E, dentre os princípios que hão de reger as relações internacionais do Brasil, a Constituição destaca o princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II). Além disso, o § 2º do art. 5º da Constituição consubstancia uma cláusula de abertura a outros direitos fundamentais, que não os previstos na Constituição (tal dispositivo, como apontado anteriormente, é o cerne de toda a controvérsia acerca do *status* hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro).

Todavia, ao disciplinar a forma como os tratados internacionais de direitos humanos ingressam na ordem jurídica brasileira, a Constituição, como já mencionado, não faz qualquer distinção entre tratados internacionais que versam sobre direitos humanos e tratados internacionais que tratam de outros temas.

Ademais, independentemente da matéria sobre a qual versam os tratados internacionais, a Constituição Federal, de modo geral, foi indiscutivelmente lacônica, limitando-se a disciplinar o tema, de modo superficial, em apenas dois dispositivos: os arts. 49, I, e 84, VIII.

As inúmeras lacunas do sistema são bem observadas por Flávia Piovesan, ao apontar que

a Constituição brasileira de 1988, ao estabelecer apenas esses dois dispositivos supracitados (os arts. 49, I, e 84, III), traz uma sistemática lacunosa, falha e imperfeita: não prevê, por exemplo, prazo para que o Presidente da República encaminhe ao Congresso Nacional o tratado por ele assinado. Não há ainda previsão de prazo para que o Congresso Nacional aprecie o tratado assinado, tampouco previsão de prazo para que o Presidente da República ratifique o tratado, se aprovado pelo Congresso. Essa sistemática constitucional, ao manter ampla discricionariedade aos Poderes Executivo e Legislativo no processo de formação dos tratados, acaba por contribuir para a afronta ao princípio da boa-fé vigente no Direito Internacional. A respeito, cabe mencionar o emblemático caso da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, assinada

pelo Estado brasileiro em 1969 e encaminhada à apreciação do Congresso Nacional apenas em 1992, estando ainda pendente de apreciação parlamentar.¹⁸⁶

Indiscutível se mostra, assim, a existência de um amplo espaço de conformação pela via interpretativa acerca da sistemática processual de ingresso dos tratados internacionais (versem estes ou não sobre direitos humanos) no direito brasileiro, espaço este usualmente preenchido por normas oriundas do costume. Essa situação se afigura inegavelmente inadequada, na medida em que, ainda que haja uma prática procedimental já consolidada, abre espaço a interpretações e posturas as mais distintas, em detrimento da segurança jurídica. Ademais, como bem aponta Flávia Piovesan, a discricionariedade excessivamente ampla que tal sistema lacunoso confere aos Poderes Executivo e Legislativo abre espaço para condutas que podem levar à violação do princípio da boa-fé que há de nortear as relações internacionais do Estado brasileiro (e o exemplo apontado pela autora, da Convenção de Viena, o demonstra de modo irrefutável).

Acerca da processualística dos tratados internacionais no direito brasileiro, esclarece George Rodrigo Bandeira Galindo:

São dois, no Brasil, os processos de celebração de tratados: o primeiro é o chamado processo solene e completo; enquanto o segundo é denominado processo simples e abreviado.

No primeiro processo, seguem-se os seguintes atos, a fim de que o tratado seja aperfeiçoado: a) negociação; b) assinatura; c) mensagem ao Congresso; d) aprovação parlamentar; e) ratificação; f) promulgação; ou no caso de adesão a determinado tratado: a) mensagem ao Congresso; b) autorização parlamentar; c) adesão; d) promulgação.

No processo simples e abreviado, utilizado para os acordos executivos, reconhecidos já de longa data na nossa prática constitucional, segue-se a referida sequência: a) negociação; b) assinatura (ou troca de notas); c) publicação.¹⁸⁷

¹⁸⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 50.

¹⁸⁷ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e Constituição brasileira*, p. 138-9.

Uma vez que o objeto do presente estudo não abrange matérias versadas mediante acordos executivos, tem relevância, para os fins ora propostos, a primeira espécie de procedimento, que o autor denomina solene e completo.

A celebração de um tratado internacional (seja ele ou não de direitos humanos) constitui um ato complexo no qual estão envolvidos os Poderes Executivo e Legislativo.

O procedimento tem início por iniciativa do Presidente da República, conforme determina o art. 84 da Constituição Federal:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

Exercida tal competência pelo Poder Executivo,¹⁸⁸ o Presidente da República, no exercício de seu poder discricionário, *poderá* enviar Mensagem ao Congresso Nacional, que, nos termos do art. 49 da Constituição, tem competência exclusiva para aprová-los. Trata-se de prerrogativa do chefe de Estado, inserindo-se na esfera de sua discricionariedade, como bem observa Elival da Silva Ramos:

Apenas se preenchido o requisito da aprovação do tratado internacional por decreto legislativo poderá o Presidente da República (ou outra autoridade com poderes para tanto) ratificá-lo, *o que não significa, contudo, que esteja obrigado a fazê-lo*. A representação do Estado brasileiro em suas relações internacionais foi confiada ao Presidente por estar, tradicionalmente associada à chefia de Estado, que é cumulada com a função de chefia de governo em virtude da configuração unitária do Poder Executivo, de padrão presidencialista. Sob a inspiração dos freios e contrapesos inerentes ao princípio da separação dos Poderes, exige-se, entretanto, que o Congresso Nacional autorize o Chefe do Executivo a expressar o consentimento do Estado brasileiro para que, validamente, à luz do direito interno, se possa concluir a celebração de tratado, acordo ou convenção internacional. O que se pretendeu

¹⁸⁸ Observa George Rodrigo Bandeira Galindo que o “Presidente da República é competente para negociar e, posteriormente, assinar os tratados internacionais, sendo esta atividade vedada ao Poder Legislativo. Contudo, como é de conhecimento comum, isto não significa dizer que conduza o Presidente, ele mesmo, tais negociações; nem que assine todas as vezes os tratados internacionais. O Presidente confia esta tarefa ao Ministério das Relações Exteriores, que é quem, de fato, quase sempre, negocia e assina os tratados” (ob. cit., p. 139-40).

foi impedir a assunção de obrigações internacionais sem o aval do Congresso Nacional e não tornar compulsória a celebração de tratado aprovado por decreto legislativo, cuja avaliação de conveniência e oportunidade remanesce na esfera do Poder Executivo federal.¹⁸⁹

Caso o Presidente da República envie a Mensagem, caberá ao Congresso averiguar a constitucionalidade do tratado. A tramitação perante o Legislativo se inicia na Câmara dos Deputados, que posteriormente encaminha ao Senado o projeto de Decreto Legislativo. Havendo a aprovação de seu teor, o Presidente do Senado promulgará o respectivo decreto legislativo.

Aprovado o decreto legislativo pelo Congresso Nacional, é facultado ao Presidente da República, de forma discricionária, ratificar o tratado. Poderá o Presidente ratificá-lo com reservas, caso haja dúvida acerca da constitucionalidade de determinados dispositivos.

A ratificação consolida o compromisso do Estado brasileiro de respeitar o tratado *perante a comunidade internacional*, ainda que determinados tratados internacionais prevejam o início de vigência a partir do momento em que se alcança um determinado número de adesões ou ratificações.

O texto do tratado passa a valer *na ordem interna* do Estado brasileiro quando, após a ratificação, o Presidente da República promulga o respectivo Decreto,¹⁹⁰ encaminhando-o para publicação no *Diário Oficial da União*, acompanhado do texto do tratado.

A natureza desse decreto presidencial, bem como os efeitos que ele produz, é questão bastante debatida e controvertida na doutrina. Com efeito, discute-se – de forma acirrada – se o decreto transforma o direito internacional em direito interno, ou se é apenas um instrumento para a sua publicidade.

¹⁸⁹ RAMOS, Elival da Silva. “Os tratados sobre direitos humanos no direito constitucional brasileiro pós-Emenda Constitucional 45/04”. In AMARAL Jr., Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (orgs.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*, p.155. Não se pode deixar de reconhecer, nesse tocante, uma incongruência no ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que o aval do Poder Legislativo, a que faz referência o autor, faz-se presente apenas por ocasião do ingresso do tratado no direito interno brasileiro, inexistindo previsão similar em relação à denúncia do tratado, que se dá por simples decisão do Poder Executivo, sobre a qual o Parlamento não tem qualquer ingerência.

¹⁹⁰ Decreto este que, como bem alerta George Rodrigo Bandeira Galindo, “não se confunde com o Decreto Legislativo, que somente possui a função de aprovar ou não o tratado” (ob. cit., p. 144).

O debate se torna mais complexo frente ao fato de que, como já mencionado, há autores que entendem existir duas formas distintas de ingresso de um tratado internacional no Brasil, a depender da matéria sobre a qual versa, entendimento este que se torna mais complexo à luz dos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição de 1988, *in verbis*:

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 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.

Com efeito, para os adeptos da tese de que os tratados internacionais de direitos humanos têm *status* constitucional, como decorrência do § 2º do art. 5º da Constituição, é inviável o reconhecimento de uma discricionariedade ampla para os Poderes Executivo e Legislativo (mormente porque a Constituição, como já visto, não prevê prazos para as aludidas fases procedimentais), que violaria, em última análise, a norma prevista no § 1º do mesmo artigo.

A relevância da questão não é meramente teórica, tendo efeitos concretos, como observa Bandeira Galindo:

A resposta para tal questão definirá como o Direito Interno encara o Direito Internacional, possuindo reflexos práticos. Destarte, a primeira opção – aquela que sustenta que o Decreto transforma o Direito Internacional em Direito Interno – significaria que o Brasil adota a teoria dualista, de separação da ordem interna e internacional. A segunda opção, por sua vez, é a posição que advoga que o Direito Internacional vigora automaticamente na ordem interna, requerendo apenas a publicidade do tratado internacional que somente dá a conhecê-lo.

Nenhuma das Constituições Brasileiras regulou satisfatoriamente a processualística dos atos internacionais no Brasil, incluindo-se a Constituição de 1988. Esta apenas prescreve que cabe ao Poder Legislativo aprová-los, nada mencionando acerca da necessidade de Decreto. Como não disposta na Constituição, a processualística amoldou-se com o tempo, por meio de práticas reiteradas. E estas práticas são oriundas dos tempos do Império, derivando de uma tradição portuguesa. “Tal costume tem se mantido, não obstante nenhum texto constitucional posterior, a ele faça referência”. Com poucas exceções, desde a celebração do primeiro ato internacional do Brasil independente – o Tratado de

Reconhecimento da Independência e do Império, com Portugal em 1825 – estabeleceu-se a prática da promulgação por um Decreto do Executivo.¹⁹¹

A relevância prática da adoção de uma ou outra postura teórica é inegável. Com efeito, a adoção de um posicionamento que reconheça uma diferença ontológica entre os tratados internacionais de direitos humanos e aqueles que versam sobre outros temas, com amparo nos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição, implicará não apenas o reconhecimento de procedimentos de ingresso distintos quer se trate de uma ou outra espécie de tratado, como também de consequências em relação à própria possibilidade de denúncia dos tratados.

É este, por exemplo, o posicionamento de Antônio Augusto Cançado Trindade, que afirma:

se para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar as suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais nele garantidos, consoante os arts. 5º (2) e 5º (1) da Constituição brasileira de 1988, passam a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno.¹⁹²

Entendimento similar é esposado por Flávia Piovesan:

No capítulo anterior, apontou-se para o inédito princípio da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, assegurado pelo art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988. Ora, se as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais demandam aplicação imediata e se, por sua vez, os tratados internacionais de direitos humanos têm por objeto justamente a

¹⁹¹ Ob. cit., p. 145-6. A relevância prática da solução do problema exsurge incontestemente das palavras do autor, assim como da evidente circunstância de que a adoção de uma ou outra corrente poderá fundamentar a adoção de determinada conduta por parte de um Estado, no sentido do reconhecimento ou não da exigibilidade de cumprimento imediato das disposições de um tratado internacional, mormente se este incorporar a um ordenamento jurídico interno direitos fundamentais não previstos até então pela ordem interna.

¹⁹² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A interação entre o direito internacional e o direito interno*, p. 30-1.

definição de direitos e garantias, conclui-se que tais normas merecem aplicação imediata.

[...]

Em outras palavras, não será mais possível a sustentação da tese segundo a qual, com a ratificação, os tratados obrigam diretamente aos Estados, mas não geram direitos subjetivos para os particulares, enquanto não advém a referida intermediação legislativa. Vale dizer, torna-se possível a invocação imediata de tratados e convenções de direitos humanos, dos quais o Brasil seja signatário, sem a necessidade de edição de ato com força de lei, voltado à outorga de vigência interna aos acordos internacionais.

A incorporação automática do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelo direito brasileiro – sem que se faça necessário um ato jurídico complementar para sua exigibilidade e implementação – traduz relevantes consequências no plano jurídico. De um lado, permite ao particular a invocação direta dos direitos e liberdades internacionalmente assegurados, e, por outro, proíbe condutas e atos violadores a esses mesmos direitos, sob pena de invalidação. Consequentemente, a partir da entrada em vigor do tratado internacional, toda norma preexistente que seja com ele incompatível perde automaticamente a vigência. Ademais, passa a ser recorrível qualquer decisão judicial que violar as prescrições do tratado – eis aqui uma das sanções aplicáveis na hipótese de inobservância dos tratados. Nesse sentido, a Carta de 1988 atribui ao Superior Tribunal de Justiça a competência para julgar, mediante recurso especial, as causas decididas pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, “quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência, nos termos do art. 105, III, a. Isto é, cabe ao Poder Judiciário declarar inválida e antijurídica conduta violadora de tratado internacional. Eventualmente, a depender do caso, cabe a esse Poder a imposição de sanções pecuniárias em favor da vítima que sofreu violação em seu direito internacional assegurado.¹⁹³

Como se vê, a discussão ultrapassa o plano teórico, e a adoção de um ou outro posicionamento levará a distintas consequências práticas, tais como o já mencionado reconhecimento da existência de duas sistemáticas distintas de incorporação dos tratados internacionais no direito brasileiro.

Não é outro, por sinal, o posicionamento de Flávia Piovesan, que entende haver, no ordenamento jurídico brasileiro, duas formas de incorporação de tratados internacionais, a depender da matéria sobre a qual versam, denominando-as “incorporação automática” (para os tratados internacionais de direitos humanos) e “incorporação legislativa” (para os demais tratados), já que aqueles prescindiriam da regulamentação legislativa para ingressar no direito brasileiro:

¹⁹³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 85-7.

Importa esclarecer que, ao lado da sistemática da “incorporação automática” do Direito Internacional, existe a sistemática da “incorporação legislativa” do Direito Internacional. Isto é, se, em face da incorporação automática, os tratados internacionais incorporam-se de imediato ao Direito nacional em virtude do ato da ratificação, no caso da incorporação legislativa os enunciados dos tratados ratificados não são incorporados de plano pelo Direito nacional: ao contrário, dependem necessariamente de legislação que os implemente. Essa legislação, reitera-se, é ato inteiramente distinto do ato da ratificação do tratado.

Em suma, em face da sistemática da incorporação automática, o Estado reconhece a plena vigência do Direito Internacional na ordem interna, mediante uma cláusula geral de recepção automática plena. Com o ato da ratificação, a regra internacional passa a vigorar de imediato tanto na ordem jurídica internacional como na interna, sem necessidade de uma norma de direito nacional que a integre ao sistema jurídico. Essa sistemática da incorporação automática reflete a concepção monista, pela qual o Direito Internacional e o direito interno compõem uma mesma unidade, uma única ordem jurídica, inexistindo qualquer limite entre a ordem jurídica internacional e a ordem interna.

Por sua vez, na sistemática da incorporação legislativa, o Estado recusa a vigência imediata do Direito Internacional na ordem interna. Por isso, para que o conteúdo de uma norma internacional vigore na ordem interna, faz-se necessária sua reprodução ou transformação por uma fonte interna. Nesse sistema, o Direito internacional e o Direito interno são duas ordens jurídicas distintas, pelo que aquele só vigorará na ordem interna se e na medida em que cada norma internacional for transformada em Direito Interno. A sistemática da incorporação não automática reflete a concepção dualista, pela qual há duas ordens jurídicas diversas, independentes e autônomas: a ordem jurídica nacional e a ordem internacional, que não apresentam contato nem qualquer interferência.¹⁹⁴

Outra consequência do reconhecimento da hierarquia diferenciada (ou seja, constitucional) dos tratados internacionais de direitos humanos seria, *de lege ferenda*, a impossibilidade de sua denúncia, o que também é preconizado por Flávia Piovesan, que sustenta que

se tais direitos internacionais passaram a compor o quadro constitucional, não só no campo material, mas também no formal, não há como admitir que um ato isolado e solitário do Poder Executivo subtraia tais direitos do patrimônio popular – ainda que a possibilidade de denúncia esteja prevista nos próprios tratados de direitos humanos ratificados [...]. É como se o Estado houvesse

¹⁹⁴ Idem, p. 87-9.

renunciado a essa prerrogativa de denúncia, em virtude da “constitucionalização formal” do tratado no âmbito jurídico interno.

Por conseguinte, no entender da autora, impõe-se a democratização do processo de denúncia, para que se preveja a participação necessária do Poder Legislativo.¹⁹⁵

Vale lembrar que tais construções teóricas têm por espaço o imenso vácuo normativo deixado pela Constituição de 1988 acerca do tema, razão pela qual não surpreende a intensa controvérsia que se verifica na doutrina a respeito da questão.

Com efeito, entendimento oposto ao de Flávia Piovesan e Antônio Augusto Cançado Trindade é defendido por Elival da Silva Ramos, nos seguintes termos:

O § 1º, do art. 5º, da CF/88 provocou e continua provocando intensa polêmica entre os constitucionalistas no que concerne à apuração de seu real significado. De toda sorte, é inegável que se cuida de disposição voltada à aplicação de normas formalmente constitucionais, definidoras de direitos e garantias fundamentais. Assim sendo, não é possível extrair desse comando a grave consequência da incorporação automática de tratados internacionais ao nosso direito interno, algo que, como já foi visto, demanda manifestação de vontade inequívoca do Constituinte. A bem de ver, o raciocínio dos propugnadores da tese da incorporação automática de tratados sobre direitos humanos parte da afirmação da natureza constitucional dessas convenções, que entendem sob o ângulo formal e material, com fulcro no § 2º, do art. 5º, para chegar à sua aplicabilidade imediata. Ora, uma vez negado o *status* constitucional formal das normas contidas em tratados internacionais sobre direitos humanos, não há que se falar em sua aplicação imediata, nos termos do § 1º, do art. 5º, da CF/88.

Sobreleva notar que a posição dos tratados internacionais na hierarquia das fontes normativas internas não interfere nos mecanismos de sua incorporação ao ordenamento nacional e vice-versa, consubstanciando questões distintas. Ainda que se pudesse extrair do preceito do § 2º, do art. 5º, da CF/88, o *status* constitucional (formal) dos tratados sobre direitos humanos, isto não autorizaria a dispensá-los da promulgação presidencial, para ingresso na ordem jurídica brasileira, com supedâneo no § 1º, do mesmo art. 5º, que tem em mira o fenômeno da eficácia de normas, formalmente constitucionais, atinentes a direitos fundamentais da pessoa humana, e não o fenômeno da incorporação ao direito interno de tratados veiculadores de normas sobre direitos dessa

¹⁹⁵ Ibidem, p. 82.

natureza, cuja eficácia de aplicação no âmbito intraestatal depende desse prévio ingresso.¹⁹⁶

A apontada polêmica acerca da necessidade de ato legislativo para a incorporação de dispositivos de tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira reacende o anteriormente mencionado debate entre monistas e dualistas. Assim, há, na doutrina brasileira, tanto os que defendem que a Constituição brasileira adota uma posição monista, como aqueles que sustentam que o sistema brasileiro é dualista (corrente esta atualmente majoritária), e, ainda, aqueles que asseveram que o direito brasileiro adota um sistema misto (como decorrência da existência de duas espécies distintas de tratados internacionais, os “comuns” e os que versam sobre direitos humanos).

Emerson Garcia, por exemplo, sustenta que “a teoria monista, observados certos temperamentos, é a que melhor se afeiçoa ao atual estágio de evolução do direito internacional”.¹⁹⁷ Luís Roberto Barroso, nesse sentido, observa que

no Brasil não existe disposição constitucional a respeito do tema, o que tem suscitado críticas diversas. Não obstante, no que diz respeito ao conflito entre tratado internacional e norma interna *infraconstitucional*, a doutrina [...] é amplamente majoritária no sentido do monismo jurídico, com primazia para o direito internacional.¹⁹⁸

¹⁹⁶ RAMOS, Elival da Silva. “Os tratados sobre direitos humanos no direito constitucional brasileiro pós-Emenda Constitucional 45/04”. In: AMARAL Jr., Alberto do e JUBILUT, Liliana Lyra (orgs.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*, p.167.

¹⁹⁷ GARCIA, Emerson. “Influxos da ordem jurídica internacional na proteção dos direitos humanos: o necessário redimensionamento da noção de soberania”. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais*, p. 22. Afirma ainda o autor que “mesmo os defensores do dualismo, que sustentam a necessidade de expressa previsão constitucional para uma possível preeminência da norma internacional na ordem jurídica interna, reconhecem que a proteção internacional dos direitos humanos e a responsabilidade penal internacional do indivíduo são pontos favoráveis à teoria monista. Ressaltam, no entanto, que as dificuldades na sua implementação fazem com que a teoria monista seja interpretada como ‘*uma antecipação de alterações na estrutura da sociedade internacional que podem ocorrer no futuro*’. Cf. BRAVO, Luigi Ferrari. *Lezioni di diritto internazionale*. 4. ed. Napoli: Scientifica, 2002, p. 147/149. As dificuldades efetivamente existem, mas não nos parecem fortes o suficiente para comprometer os alicerces dessa teoria” (ob. cit., p. 22).

¹⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 18.

Elival da Silva Ramos, por outro lado, assevera que “o Direito Internacional cada vez mais interfere no plano interno; as condições e limites em que essa interferência se dá, entretanto, continuam sob o controle dos Estados e da respectiva normatividade constitucional”, adotando, por conseguinte, uma postura dualista:

O instituto da incorporação dos tratados internacionais ao direito interno de cada Estado, de modo a permitir sua aplicação pelos competentes Poderes constituídos é, talvez, o elemento mais expressivo a demonstrar a inviabilidade da concepção monista, ao menos na atual configuração dos ordenamentos jurídicos nacionais e do próprio direito das gentes. Se houvesse uma única ordem jurídica, encimada pelas normas de Direito Internacional Público, seriam estas aplicáveis no âmbito interno de cada Estado, independentemente da vontade deste. Sucede, porém, que o Direito Internacional somente se integra à ordem jurídica estatal por meio de filtragem realizada pela correspondente Constituição, vale dizer, essa incorporação se dá nas condições, limites e efeitos estabelecidos pelos sistemas constitucionais estaduais. Portanto, o ordenamento externo e os múltiplos ordenamentos internos não se confundem, não obstante as práticas domésticas (inclusive legislativas) repercutam no plano internacional, em termos de cumprimento ou descumprimento de obrigações assumidas pelos Estados, do mesmo modo que as normas de Direito Internacional Público, costumeiras ou convencionais, com intensidade e frequência cada vez maiores, incidem nas relações jurídicas intraestatais.¹⁹⁹

Finalmente, para os autores que entendem que a Constituição brasileira adota uma sistemática bipartida, em que os tratados internacionais de direitos humanos se submetem a um regime distinto daquele aplicável aos demais tratados – entendimento este majoritário na doutrina, como já mencionado²⁰⁰ –, a questão perde muito de sua importância, na medida em que seria adotada uma postura dualista para os tratados internacionais e uma postura monista para os tratados de direitos humanos, inexistindo, por conseguinte, controvérsia acerca de qual das teorias seria acolhida pelo direito brasileiro. É este, por exemplo, o posicionamento

¹⁹⁹ RAMOS, Elival da Silva. “Os tratados sobre direitos humanos no direito constitucional brasileiro pós-Emenda Constitucional 45/04”. In: AMARAL Jr., Alberto do; JUBILUT, Lílíana Lyra (orgs.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*, p. 155-6.

²⁰⁰ Não se pode deixar de observar, porém, que o número de opositores a essa teoria aumentou após a inserção do § 3º no art. 5º da Constituição Federal, por força da Emenda Constitucional n. 45/2004.

de Flávia Piovesan, que destaca, no entanto, que a doutrina predominante acolhe, acerca do tema, o dualismo:

Diante dessas duas sistemáticas diversas, conclui-se que o direito brasileiro faz opção por um sistema misto, no qual, aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – por força do art. 5º, § 1º – aplica-se a sistemática de incorporação automática, enquanto aos demais tratados internacionais se aplica a sistemática de incorporação legislativa, na medida em que se tem exigido a intermediação de um ato normativo para tornar o tratado obrigatório na ordem interna. Com efeito, salvo na hipótese de tratados de direitos humanos, no Texto Constitucional não há dispositivo constitucional que enfrente a questão da relação entre o Direito Internacional e o interno. Isto é, não há menção expressa a qualquer das correntes, seja à monista, seja à dualista. Por isso, a doutrina predominante tem entendido que, em face do silêncio constitucional, o Brasil adota a corrente dualista, pela qual há duas ordens jurídicas diversas (a ordem interna e a ordem internacional). Para que o tratado ratificado produza efeitos no ordenamento jurídico interno, faz-se necessária a edição de um ato normativo nacional – no caso brasileiro, esse ato tem sido um decreto de execução, expedido pelo Presidente da República, com a finalidade de conferir execução e cumprimento ao tratado ratificado no âmbito interno. Embora essa seja a doutrina predominante, este trabalho sustenta que tal interpretação não se aplica aos tratados de direitos humanos, que, por força do art. 5º, § 1º, têm aplicação imediata. Isto é, diante do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direito e garantias fundamentais, os tratados de direitos humanos, assim que ratificados, devem irradiar efeitos na ordem jurídica internacional e interna, dispensando a edição de decreto de execução. Já no caso dos tratados tradicionais, há a exigência do aludido decreto, tendo em vista o silêncio constitucional acerca da matéria. Logo, defende-se que a Constituição adota um sistema jurídico misto, já que, para os tratados de direitos humanos, acolhe a sistemática da incorporação automática, enquanto para os tratados tradicionais acolhe a sistemática da incorporação não automática.

[...]

Em síntese, relativamente aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, a Constituição brasileira de 1988, em seu art. 5º, § 1º, acolhe a sistemática da incorporação automática dos tratados, o que reflete a adoção da concepção monista. [...] O regime jurídico diferenciado conferido aos tratados de direitos humanos não é, todavia, aplicável aos demais tratados, isto é, aos tradicionais. No que tange a estes, adota-se a sistemática da incorporação legislativa [...]. Desse modo, no que se refere aos tratados em geral, acolhe-se a sistemática da incorporação não automática, o que reflete a adoção da concepção dualista.²⁰¹

²⁰¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 91-4. Atente-se para o fato de que, enquanto Luís Roberto Barroso afirma que, no Brasil, “a doutrina [...] é

Esse entendimento, no entanto, embora conte com a adesão de relevantes nomes da doutrina nacional, não é pacífico, como já demonstrado. Isso porque a adoção de qualquer dos entendimentos apontados está intimamente vinculada a um posicionamento específico acerca do exato alcance dos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição de 1988 e, por conseguinte, do *status* hierárquico que o ordenamento jurídico brasileiro atribui aos tratados internacionais de direitos humanos (vale dizer, se existe ou não uma diferença ontológica entre os tratados internacionais de direitos humanos e os tratados que regulam outras matérias, a par do silêncio do texto constitucional acerca da questão).²⁰²

Esta é, indiscutivelmente, uma das questões mais polêmicas e debatidas na doutrina, não havendo consenso nem mesmo na jurisprudência, uma vez que, embora o Supremo Tribunal Federal tenha pacificado a questão, a votação não foi unânime.

O debate acerca da posição hierárquica dos tratados de direitos humanos em face da ordem jurídica interna brasileira é da maior relevância, especialmente por conta da anteriormente apontada ocorrência de inevitáveis antinomias entre dispositivos internos e internacionais. A controvérsia doutrinária tornou-se ainda mais acirrada após a inclusão do § 3º no art. 5º da Constituição, por força da Emenda Constitucional n. 45/2004.

Diante de tais circunstâncias, torna-se impositiva uma análise mais detida acerca do tratamento dado pela Constituição de 1988 aos direitos humanos, a fim de que se apure se é possível sustentar a distinção ontológica entre as duas espécies de tratados e, por conseguinte, a atribuição tanto de um *status* hierárquico

amplamente majoritária no sentido do monismo jurídico” (v. nota n. 176), Flávia Piovesan, em sentido contrário, observa que “a doutrina predominante tem entendido que, em face do silêncio constitucional, o Brasil adota a corrente dualista”. A controvérsia entre os dois renomados autores evidencia quão intrincado é o debate acerca do tema.

²⁰² Poder-se-á argumentar que, por conta dos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição, seria equivocado aludir a um “silêncio constitucional”, pois tais dispositivos tratariam da questão. O que ora se afirma, no entanto, é que a Constituição Federal não cuidou de regular *expressamente* a matéria concernente à hierarquia dos tratados internacionais, sejam eles ou não de direitos humanos, nem se preocupou em apontar, de forma expressa, a distinção que parte significativa da doutrina reconhece entre as duas espécies de tratados.

privilegiado quanto de um processo de incorporação distinto (de feição monista) aos tratados internacionais de direitos humanos, em relação aos demais tratados internacionais. Tal análise é a que se desenvolve a seguir.

8.2. Os direitos humanos na Constituição de 1988

Como apontado de início, a Constituição Federal de 1988 foi promulgada sob o influxo do processo de redemocratização do Brasil, após praticamente duas décadas de ditadura militar, período em que tanto os direitos fundamentais quanto o valor do texto constitucional enquanto norma jurídica foram desrespeitados e ignorados pelos então governantes do País.

Mesmo antes que os debates na Assembleia Nacional Constituinte tivessem lugar, em 1987, a temática dos direitos humanos já entrara na pauta da comunidade política brasileira. Com efeito, no que Canotilho denomina fase das *decisões pré-constituintes*,²⁰³ a conveniência da adesão do Brasil ao Pacto de São José da Costa Rica foi discutida no cenário político do País, ganhando relevo, nessa seara, dois relevantes documentos: o *Parecer Externo de 20 de abril de 1981 – A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e a Ordem Jurídica Nacional*, da lavra de Francisco Rezek, e o *Parecer MRE-CJ 01 de 16 de agosto de 1985 – O Brasil e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos para o reexame da posição do Brasil*, de autoria de Antônio Augusto Cançado Trindade.

O Parecer Externo de 20 de abril de 1981, denominado *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e a Ordem Jurídica Nacional* foi solicitado pelo Ministério das Relações Exteriores em razão de

²⁰³ De acordo com Canotilho, o “desencadeamento de procedimentos constituintes tendentes à elaboração de constituições anda geralmente associado a *momentos constitucionais extraordinários* (revolução, nascimento de novos estados, transições constitucionais, golpes de Estado, ‘quedas de muros’). Nestes factos complexos, situados ainda a montante do procedimento constituinte propriamente dito, vão geralmente implícitas ‘decisões’ de natureza pré-constituinte. Estas decisões reconduzem-se em geral a dois tipos: (1) decisão política de elaborar uma lei fundamental – constituição; (2) edição de leis constitucionais provisórias destinadas a dar uma primeira forma jurídica ao ‘novo estado de coisas’ e a definir as linhas orientadoras (procedimento constituinte propriamente dito)” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 77).

pressões que o governo militar sofria, por parte da comunidade internacional, diante do evidente desrespeito da ditadura para com os direitos humanos. Como afirma Sílvia Maria da Silveira Loureiro,

o Estado brasileiro passou a sofrer pressões externas, sobretudo dos Estados Unidos, decorrentes do redirecionamento da questão da proteção internacional dos direitos humanos, ocorrida a partir da administração Carter, segundo a qual, diante da postura diplomática brasileira, localizava o Brasil “num contexto regional de militarismo antidemocrático e antidireitos humanos”, pouco propenso ao diálogo.²⁰⁴

O Parecer de 1981 preconiza a existência, no Brasil, de um sistema fechado de proteção dos direitos humanos. Com efeito, sem deixar de reconhecer a necessidade de proteção de tais direitos, adota o entendimento de que estes já encontram proteção no ordenamento interno, cabendo, assim, ao Estado, com base em suas normas internas (das quais o Pacto de São José da Costa Rica seria mera repetição, pois os mesmos direitos estariam protegidos tanto na ordem interna quanto na internacional, sendo esta, por conseguinte, desnecessária), proceder à sua defesa:

Em síntese, o fato de que os direitos protegidos pelo tratado de São José da Costa Rica o são também, e a mais tempo, pela Constituição e pelas leis da República, carrega consigo um comentário elementar: a mesma ordem jurídica disciplina o sistema de garantia desses direitos fazendo repousar no *Poder Judiciário nacional* a competência para proporcionar-lhes em foro cível, criminal ou trabalhista, as mais variadas formas de amparo, e para coibir e punir, a todo momento, o seu ultraje. E essa ordem jurídica, no seu estado atual, não permite, a meu ver, a internacionalização de qualquer parcela da referida competência.²⁰⁵

Já o Parecer MRE-CJ 01 de 16 de agosto de 1985 – O Brasil e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos para o reexame da

²⁰⁴ LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. *Tratados internacionais sobre direitos humanos na Constituição*, p. 26.

²⁰⁵ REZEK, José Francisco. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e a Ordem Jurídica Nacional*, apud LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. *Tratados internacionais sobre direitos humanos na Constituição*, p. 31.

posição do Brasil foi solicitado ao então Consultor Jurídico do Itamaraty, Antonio Augusto Cançado Trindade, pelo Ministério das Relações Exteriores, e versava sobre a mesma questão – a eventual adesão do Brasil ao Pacto de São José da Costa Rica.

Esse Parecer ostenta posicionamento diametralmente oposto ao anterior, defendendo seu autor a necessidade de imediata adesão do Brasil à Convenção Interamericana de 1969. Cançado Trindade sustenta que:

Esta evolução [relativamente recente, da fase inicial, *legislativa*, de preparo e redação dos tratados e instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, para a fase de efetiva *implementação* desses direitos] testemunho e reflexo do direito internacional contemporâneo não pode ser compreendida à luz de uma visão estática e ultrapassada do direito internacional e *a fortiori* das relações deste com o direito interno. Nos dias de hoje, dificilmente se poderia sustentar que a proteção dos direitos humanos recairia sob o domínio reservado dos Estados, como pretendiam certos círculos há cerca de três décadas atrás. Em nada surpreende que a interpretação dos atuais sistemas de proteção internacional dos direitos humanos, orientada para a responsabilidade do Estado pelo tratamento do ser humano, se conforme aos próprios objetivos daqueles sistemas diretamente voltado não aos chamados direitos dos Estados, mas aos direitos das supostas vítimas, dos mais fracos, em situação de flagrante desigualdade fática *vis-à-vis* o poder público.²⁰⁶

Uma vez que, conforme se verá adiante, Cançado Trindade teve decisiva influência na elaboração do texto constitucional, notadamente da redação do § 2º do art. 5º da Constituição, não resta dúvida acerca da relevância dessa controvérsia que, embora tenha ocorrido antes do início dos debates constituintes, teve inequívocos reflexos no texto final da Constituição – até por refletir um dos inúmeros aspectos sociais em discussão por ocasião da reunião da Assembleia Constituinte (inegavelmente, um dos mais importantes).

Concebida, destarte, em meio ao processo de redemocratização de um País castigado por anos de desrespeito não apenas aos direitos fundamentais, mas aos postulados mínimos de um Estado Democrático de Direito, e numa época em que

²⁰⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*, p. 521-2.

um novo constitucionalismo ganhava corpo no mundo ocidental como um todo (influenciando, como não poderia deixar de ser, o ambiente jurídico brasileiro), a Constituição de 1988, compreensivelmente, eleva os direitos fundamentais a um patamar de importância até então inédito na ordem constitucional brasileira, notadamente ao assentar a dignidade da pessoa humana como fundamento da República brasileira (art. 1º, III).

Além disso, a Constituição incorporou em seu texto (ainda que de modo lacunoso e imperfeito, como já visto) o processo de internacionalização da defesa dos direitos humanos, ao elencar a prevalência destes como princípio a reger as relações internacionais do Brasil (art. 3º, II).

A Constituição de 1988 afirma-se, assim, como marco de uma nova realidade democrática, na qual os direitos fundamentais assumem posição central, como observa Flávia Piovesan:

A Carta de 1988 institucionaliza a instauração de um regime democrático no Brasil. Introduce também indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira. A partir dela, os direitos humanos ganham relevo extraordinário, situando-se a Carta de 1988 como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotado no Brasil. [...]

A consolidação das liberdades fundamentais e das instituições democráticas no País, por sua vez, muda substancialmente a política brasileira de direitos humanos, possibilitando um progresso significativo no reconhecimento de obrigações internacionais nesse âmbito [...].²⁰⁷

De fundamental importância para o tema dos direitos humanos e dos direitos fundamentais no Brasil foi a incorporação das normas previstas nos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição, anteriormente mencionados:

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela

²⁰⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 24.

adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Foi com fundamento nesses dois dispositivos (complementados pelos também já mencionados arts. 1º, III, e 3º, II) que se construiu, no Brasil, a consagrada teoria do “bloco de constitucionalidade” que seria integrado também pelos tratados internacionais de direitos humanos, os quais teriam, de acordo com essa teoria, *status* de norma constitucional, por conta da cláusula de abertura inserta no destacado § 2º.

É também em torno da interpretação dada a esses dois dispositivos que estabeleceu a mais acirrada controvérsia acerca da aplicabilidade das normas previstas em tratados internacionais de direitos humanos, especialmente na hipótese de conflitos entre normas internacionais e normas internas – controvérsia esta que o legislador constituinte reformador tentou, sem sucesso, solucionar, por ocasião da promulgação da Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004, que acrescentou ao art. 5º os §§ 3º e 4º, com o seguinte teor:

§ 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.

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

O acréscimo, especialmente desse § 3º, tornou ainda mais intensos os debates acerca da posição dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira.

No âmbito jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP, julgado em 03 de dezembro de 2008, adotou, de forma não unânime, o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos teriam força supralegal, sendo, no entanto, hierarquicamente inferiores às normas constitucionais.

O posicionamento pretoriano, contudo, não encerrou a controvérsia doutrinária acerca do *status* hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos em face da realidade brasileira, que prossegue na doutrina.

Para se encontrar uma solução adequada ao problema das antinomias entre normas internacionais de direitos humanos e normas internas, é necessária uma análise das principais correntes doutrinárias que versam sobre a questão. Impõe-se, assim, uma análise mais detida das possibilidades hermenêuticas que decorrem do § 2º do art. 5º da Constituição, dispositivo em cuja redação se origina o cerne das divergências.

8.2.1. O art. 5º da Constituição de 1988 e seus parágrafos

Como já mencionado, a Constituição Federal, como um todo, ou seja, como sistema, estabelece a centralidade dos direitos fundamentais e da dignidade humana como valores essenciais, a permear toda interpretação de seus dispositivos. Como afirma Flávia Piovesan, “a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como valor essencial, que lhe dá unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular”,²⁰⁸ observando ainda, com toda a razão, que “há, assim, um direito pré e pós-88 no campo dos direitos humanos. O texto constitucional propicia a reinvenção do marco jurídico dos direitos humanos, fomentando extraordinários avanços nos âmbitos da normatividade interna e internacional”.²⁰⁹

Isso significa que o valor da dignidade humana há de nortear a exegese do texto constitucional.

Os §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição, nesse tocante, são o fundamento ao redor do qual se construíram as teorias voltadas à solução das antinomias entre as normas oriundas de tratados internacionais de direitos humanos e as normas internas.

²⁰⁸ Idem, p. 28.

²⁰⁹ Idem, p. 33.

Contudo, há de se reconhecer que, especialmente em relação ao § 2º, o texto constitucional é marcado pela ambiguidade e pela falta de precisão.

Preconiza o aludido dispositivo:

§ 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.

O dispositivo pode ser dividido em duas partes, sendo a primeira – “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados” – uma norma tradicional no direito brasileiro, e a segunda – “[...] ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” – uma inovação da Constituição de 1988, sem precedentes na história constitucional brasileira.

Com efeito, a primeira parte do dispositivo – “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados” – não constituiu qualquer novidade por parte do Constituinte de 1987, pois previsões constitucionais de natureza similar são encontradas ao longo de toda a história constitucional brasileira, a partir da Constituição Republicana de 1891, cujo art. 78 determinava:

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

A Constituição de 1934 trouxe redação similar em seu art. 114:

Art. 114. A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros, resultantes do regime e dos princípios que ela adota.

A Constituição de 1937, ao repetir o teor da norma em seu art. 123, buscou ser mais detalhista:

Art. 123. A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição.

A Constituição de 1946 retoma a concisão, tendo seu art. 144 redação praticamente idêntica à do art. 114 da Carta de 1934.²¹⁰

Art. 144. A especificação, dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.

O § 35 do art. 150 da Carta de 1967 repete literalmente a redação do art. 144 da Constituição anterior:

§ 35. A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.

A Emenda Constitucional n. 1/69, por muitos considerada uma nova Constituição, repete, no § 36 de seu art. 153, a norma da Carta de 1967, com mínima alteração na redação:

§ 36. A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.

Fica claro, por conseguinte, que a primeira parte do § 2º do art. 5º da Constituição de 1988 – “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados” – não

²¹⁰ Sílvia Maria da Silveira Loureiro observa que a “Constituição de 1946, por sua vez, apenas retomou as redações anteriormente consagradas. Muito embora tenha sido elaborada no momento em que despontava a discussão acerca da proteção internacional dos direitos humanos, logo após a Segunda Guerra Mundial e a derrocada dos regimes nazifascistas, a Carta de 1946 não avançou nesse sentido” (LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. *Tratados internacionais sobre direitos humanos na Constituição*, p. 71).

constitui qualquer inovação trazida pelo Constituinte de 1987, na medida em que normas de similar natureza constam dos textos constitucionais brasileiros desde a proclamação da República.

A inspiração do art. 78 da Constituição de 1891 – que, como se sabe, sofreu significativa influência da Constituição americana de 1787 – é, sem dúvida a Nona Emenda da Constituição americana ratificada em 15 de dezembro de 1791, que dispõe:

Amendment 9 – Construction of the Constitution.

The enumeration in the Constitution of certain rights shall not be construed to deny or disparage others that may be retained by the people.²¹¹

Constata-se, assim, que a tradição constitucionalista republicana no Brasil consolidou a prática de uma enumeração de direitos fundamentais não taxativa, consagrando, ao final do rol dos direitos e garantias fundamentais, uma cláusula de abertura ao reconhecimento de outros direitos de similar natureza.

Por conta de tal cláusula de abertura, tem a jurisprudência reconhecido que os direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988 não se limitam ao rol daqueles elencados no art. 5º.

Sob essa ótica, destaque-se o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939-7/DF,²¹² no bojo do qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu que o princípio da anterioridade em matéria tributária, previsto no inciso III, letra *b*, do art. 150 da Constituição Federal, constitui garantia fundamental do indivíduo. Em tal julgamento o Pretório Excelso chega a tal conclusão pela interpretação conjunta dos arts. 5º, § 2º, 60, § 4º, IV, e 150, III, *b*, todos da Constituição.

²¹¹ “IX – A enumeração de certos direitos na Constituição não poderá ser interpretada como negando ou coibindo outros direitos inerentes ao povo.” Acesso em 19.09.2009, a partir de: <http://www.embaixada.americana.org.br/index.php?action=materia&id=643&submenu=106&itemmen u=110>.

²¹² ADIn n. 939-7/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 15.12.1993. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590>. Acesso em 19.09.2010.

Contudo, de acordo com Sílvia Maria da Silveira Loureiro,

este é um entendimento, senão do óbvio, no mínimo, amesquinçado das possibilidades interpretativas a que se destina a primeira parte do § 2º do art. 5º, da Carta de 1988. No sentido em que ele tem sido empregado, assegura-se, sem abstrair-se em questões de fundo valorativo, um fim prático, qual seja, a petrealidade destes preceitos constitucionais. Entretanto, o próprio parágrafo em questão, ao afirmar que os *direitos e garantias expressos nesta Constituição* (ou seja, não apenas aqueles expressos no Título II) não excluem outros decorrentes do regime ou dos princípios nela consagrados, deixa transparecer que o rol de direitos e garantias expressos no Texto Magno ultrapassam o rol dos direitos e garantias enumerados ao longo do art. 5º, ou mesmo dos artigos que compõem o respectivo Título Segundo.

Acrescenta, ainda, que

o verdadeiro esforço hermenêutico está em identificar quais seriam, então, os direitos e garantias fundamentais não enumerados na Constituição, mas que decorrem do regime democrático e dos princípios por ela adotados, como, exemplificativamente, o princípio da prevalência da dignidade da pessoa humana.²¹³

Portanto, como visto, a primeira parte do § 2º do art. 5º da Constituição Federal não trouxe qualquer novidade ao ordenamento jurídico brasileiro, que já consolidara tal norma desde o advento da primeira Constituição republicana.

A grande inovação trazida pelo dispositivo em tela – condizente, vale lembrar, com os objetivos da redemocratização do país e do deslocamento do princípio da dignidade humana para a centralidade do sistema jurídico – está na sua segunda parte, que traz um preceito até então inédito no Brasil: “[...] ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Essa segunda parte do dispositivo consagra um modelo aberto de proteção dos direitos e garantias fundamentais, que passam a contar não apenas com a proteção interna, mas também com a proteção internacional, por meio dos tratados internacionais sobre o tema aos quais o Brasil vier a aderir.

²¹³ LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. *Tratados internacionais sobre direitos humanos na Constituição*, p. 73-4.

E, sob essa ótica, é de se destacar a influência que o posicionamento de Antônio Augusto Cançado Trindade teve por ocasião da redação do aludido parágrafo.

Com efeito, o aludido jurista, na 5ª Reunião de Audiência Pública da Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais da Assembleia Nacional Constituinte, realizada em 29 de abril de 1987, proferiu a conferência “Os Direitos e Garantias Individuais no Plano Internacional”, da qual merece destaque o seguinte excerto:

Seria de todo indicado, para concluir, recordando uma vez mais a compatibilização entre esses tratados [...] e o direito interno, que a nova Constituição explicitasse, dentre os princípios que regem a conduta do Brasil nos planos nacional e internacional, a promoção e a proteção dos direitos humanos, entendidos estes como abrangendo tanto os consagrados nos tratados humanitários em que o Brasil é Parte e nas declarações internacionais sobre a matéria de que o Brasil é signatário.²¹⁴

Contudo, a redação final da segunda parte do § 2º do art. 5º (“ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”) resultou, ao término do complexo processo de tramitação que teve início na Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais e se encerrou na comissão de Redação Projeto de Constituição, substancialmente distinta da proposta original de Cançado Trindade (“quanto os consagrados nos tratados humanitários de que o Brasil é parte e nas declarações internacionais sobre a matéria de que o Brasil é signatário”).²¹⁵

²¹⁴ BRASIL, Diário da Assembleia Nacional Constituinte. Brasília, p. 111, maio 1987.

²¹⁵ Nesse sentido, Sílvia Maria da Silveira Loureiro aponta oito redações distintas propostas para a segunda parte do aludido § 2º, observando que “desde a exposição feita pelo Professor Cançado Trindade na audiência pública de 29 de abril de 1987, na Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, as discussões e propostas posteriormente apresentadas pelos deputados constituintes para a construção de um modelo aberto de integração entre a nova ordem constitucional e as normas internacionais sobre proteção dos direitos humanos foram notadamente superficial”, acrescentando, ainda, que as reformulações do texto do dispositivo ocorreram “sem o registro de qualquer exame substancial da questão da proteção internacional dos direitos humanos no Brasil” (in LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. *Tratados internacionais sobre direitos humanos na Constituição*, p. 58-9).

Ainda assim, é inegável a influência do aludido autor para a inserção, no texto constitucional de uma cláusula de abertura para a proteção dos direitos fundamentais na esfera internacional, como bem observa Sílvia Maria da Silveira Loureiro:

Em síntese, transparece nesta análise dos trabalhos constituintes que a proposta encaminhada pelo Professor Cançado Trindade significou, em suas palavras, uma *abertura de caminho*, sem dúvida inovadora na ordem jurídica brasileira. Todavia, os legisladores constituintes, seja pela avalanche de matérias analisadas, seja pela pressão lobista de setores econômica e politicamente mais representativos, não tiveram a exata noção para onde esses novos caminhos levariam, passada a fase de discussão na Subcomissão respectiva e nem tampouco refletiram sobre as consequências jurídicas e a repercussão política que a adoção deste modelo aberto de proteção dos direitos e garantias fundamentais imprimiria no ordenamento jurídico brasileiro. Infelizmente, ainda na atualidade, [...] nem o Poder Legislativo constituído federal, nem setores do Poder Judiciário sabem ou querem identificar sua exata dimensão.²¹⁶

No entanto, há de se reconhecer que, ainda que a redação originalmente proposta por Cançado Trindade tivesse sido aprovada, a natureza da controvérsia estabelecida em torno do correto sentido da segunda parte do § 2º do art. 5º da Constituição, no que tange às antinomias entre dispositivos internacionais e a ordem interna, provavelmente manteria suas mesmas características.

Como visto anteriormente, de um modo geral, a doutrina divide-se em quatro grandes correntes em relação à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos em face das normas internas: ou se lhes reconhece natureza supraconstitucional; ou se lhes atribui *status* equivalente ao de normas constitucionais; ou se lhes confere um caráter supralegal, mas infraconstitucional; ou, finalmente, se lhes equipara às leis ordinárias.

Na doutrina brasileira, à luz das Constituições pátrias, as quatro doutrinas encontraram quem as defendesse.

²¹⁶ LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. *Tratados internacionais sobre direitos humanos na Constituição*, p. 60-1.

A corrente que defendia a natureza supraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos em face da Constituição Federal tinha, na doutrina pátria, como mencionado anteriormente, entre seus defensores, Celso de Albuquerque Mello,²¹⁷ não tendo alcançado ampla adesão.

Como apontado anteriormente, Gilmar Ferreira Mendes, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP, observou, em seu voto, que, em um país como o Brasil, no qual vigora o princípio da supremacia formal e material da Constituição, tal posicionamento resta dificultado, na medida em que inviabilizaria o controle de constitucionalidade dos tratados internacionais.²¹⁸

Carlos Thompson Costa Fernandes observa que “essa posição jamais formou maioria na doutrina brasileira, nem tampouco foi contemplada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, esclarecendo:

Conforme se pode deduzir das decisões prolatadas nas Apelações Cíveis ns. 7.872/RS e 9.587/DF, respectivamente, nas décadas de 40 e 50, a Colenda Corte defendia a posição de prevalência das normas presentes em tratados internacionais em face da legislação interna, mas sempre em sujeição à Constituição brasileira.²¹⁹

O mesmo autor acrescenta ainda que

o obstáculo objetivo à adoção desse ponto de vista, acima sinalizado, reside no fato de que a própria Constituição Federal, em seu art. 102, III, *b*, admite a possibilidade do exercício do controle difuso de constitucionalidade, seja perante o Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário, quando houver decisão negando aplicação de normas de tratado firmado pelo Brasil por vício de inconstitucionalidade, seja, também, por qualquer outro juiz ou Tribunal.²²⁰

²¹⁷ MELLO, Celso D. de Albuquerque. “O § 2º do art. 5º da Constituição Federal”. In TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 25.

²¹⁸ V. nota 136.

²¹⁹ FERNANDES, Carlos Thompson Costa. “Os tratados e convenções de direitos humanos e o § 3º do artigo 5º da Constituição da República”. In: MOURA, Lenice S. Moreira de. *O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides*, p. 187.

²²⁰ Idem, p. 188.

Portanto, no que concerne à realidade brasileira, o próprio direito positivo vigente inviabiliza a adoção desse posicionamento. Dessarte, à luz da Constituição brasileira, tal tese há de ser afastada.

O segundo posicionamento, indiscutivelmente o mais consagrado pela doutrina brasileira, atribui aos tratados internacionais de direitos humanos *status* hierárquico equivalente ao de norma constitucional, notadamente por força da cláusula de abertura inserta na segunda parte do § 2º do art. 5º da Constituição, lido em consonância com o § 1º.

Uma das autoras mais consagradas a adotar essa tese no Brasil é, sem dúvida, Flávia Piovesan, que assim se posiciona:

Ora, ao prescrever que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais”, a *contrario sensu*, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Esse processo de inclusão implica a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos.

Ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda de 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.

[...]

Em favor da hierarquia constitucional dos direitos enunciados em tratados internacionais, outro argumento se acrescenta: a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais. O reconhecimento se faz explícito na Carta de 1988, ao invocar a previsão do art. 5º, § 2º. Vale dizer, se não se tratasse de matéria constitucional, ficaria sem sentido tal previsão. A Constituição assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Ainda que esses direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Carta lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previsto pelo Texto Constitucional. [...] Os direitos internacionais integrariam, assim, o chamado “bloco de constitucionalidade”, densificando a regra constitucional positivada

no § 2º do art. 5º, caracterizada como cláusula constitucional aberta.²²¹

Com base em tais argumentos, a autora propõe

uma nova classificação dos direitos previstos pela Constituição. Por ela, os direitos seriam organizados em três grupos distintos: a) o dos direitos expressos na Constituição (por exemplo, os direitos elencados pelo Texto nos incisos I a LXXVII do art. 5º); b) o dos direitos expressos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte; e, finalmente, c) o dos direitos implícitos (direitos que estão subentendidos nas regras de garantias, bem como os decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição).²²²

É esse também o entendimento de Carlos Mário da Silva Velloso, para quem,

além dos direitos e garantias que se espalham na Constituição, que estão escritos na Carta Política, além dos direitos e garantias implícitos, temos os que decorrem dos tratados internacionais firmados pelo Estado brasileiro e incorporados ao direito interno (CF, art. 49, I, art. 84, VIII). No ponto, tem-se a primazia do direito internacional sobre o direito interno. Os direitos e garantias que decorrem desses tratados têm status constitucional, estão em pé de igualdade com os direitos e garantias escritos. Ou se raciocina assim, ou se nega vigência ao disposto no § 2º, parte final, do art. 5º da Constituição Federal.²²³

Inúmeros outros autores compartilham desse posicionamento. Citem-se, à guisa de exemplo, Ingo Wolfgang Sarlet,²²⁴ Vidal Serrano Nunes Jr.,²²⁵ Valerio

²²¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 52-5.

²²² *Idem*, p. 58.

²²³ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. "A evolução da interpretação dos direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal". In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, p. 348.

²²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. In: DIREITO, Carlos Alberto, et al. *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo*, p. 804.

²²⁵ NUNES Jr., Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988*, p. 30.

Mazzuoli,²²⁶ Carlos Roberto Siqueira Castro,²²⁷ Francisco Rezek²²⁸ e Cançado Trindade,²²⁹ dentre outros.

A despeito da prestigiosa doutrina que acolheu tal teoria, o entendimento não prevaleceu na seara jurisprudencial, notadamente no âmbito do Supremo Tribunal Federal,²³⁰ a quem compete a última palavra acerca da interpretação dos dispositivos constitucionais, circunstância que sempre gerou severa crítica, no âmbito doutrinário, por parte dos adeptos dessa corrente.

A força dessa teoria, no entanto, sofreu considerável abalo com a inserção do § 3º no art. 5º da Constituição, por força da Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004, que trouxe uma nova dimensão normativa aos tratados internacionais de direitos humanos e intensificou os debates doutrinários, elevando-os a novo patamar de complexidade. Com efeito, dispõe o aludido dispositivo:

§ 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.

Tal parágrafo, indiscutivelmente, reforçou os argumentos dos críticos da teoria do “bloco de constitucionalidade”. Ainda assim, a inclusão dessa norma no texto constitucional não fez com que os defensores dessa segunda corrente enxergassem em seu teor elementos aptos a invalidar a tese até então defendida –

²²⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*, p. 115.

²²⁷ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais*, p. 151.

²²⁸ REZEK, Francisco. *Direito internacional público – curso elementar*, p. 101-3.

²²⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*, p. 631.

²³⁰ Como se verá a breve trecho, de 1977 a 2008, o Supremo Tribunal Federal acolheu a tese que atribuía aos tratados internacionais de direitos humanos *status* hierárquico equivalente ao das leis ordinárias (conforme decidido no RE n. 80.004/SE), vindo a alterar seu posicionamento em 2008, por ocasião do julgamento do RE n. 466.343-1/SP, acolhendo, no entanto, a tese da supralegalidade de tais tratados, que continuam a ser considerados pelo Pretório Excelso hierarquicamente inferiores às normas constitucionais. Cumpre notar, contudo, que a votação não foi unânime, merecendo destaque, nesse aspecto, o voto do Ministro Celso de Mello, que, embora não refute a tese da prevalência das normas constitucionais, reconhece que os tratados de direitos humanos são materialmente constitucionais, em razão do disposto no § 2º do art. 5º da Constituição.

embora, reconheça-se, tenham sido forçados a buscar novos argumentos, a fim de justificar a manutenção do entendimento sustentado até o advento da nova norma.

Nesse tocante, afirma Flávia Piovesan:

Desde logo, há que afastar o entendimento segundo o qual, em face do § 3º do art. 5º, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam obtido o *quorum* qualificado 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, compondo o bloco de constitucionalidade. O *quorum* qualificado está tão somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a “constitucionalização formal” dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno. Como já defendido por este trabalho, na hermenêutica emancipatória dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. À hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas, e não o oposto. Vale dizer, a preponderância material de um bem jurídico, como é o caso de um direito fundamental, deve condicionar a forma no plano jurídico-normativo, e não ser condicionado por ela.

Não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos já ratificados fossem recepcionados, como lei federal, enquanto os demais adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude de seu *quorum* de aprovação.²³¹

A autora, em síntese, fundamenta seu entendimento de que a inserção do § 3º não alterou a validade da teoria que atribui *status* constitucional aos tratados sobre direitos humanos, sendo possível compatibilizar a nova norma com a posição até então sustentada, em quatro argumentos principais:

a) a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os §§ 2º e 3º do art. 5º, já que o último não revogou o primeiro, mas deve, ao revés, ser interpretado à luz do sistema constitucional; b) a lógica e racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos; c) a necessidade de evitar interpretações que apontem a agudos anacronismos da ordem jurídica; e d) a teoria geral da recepção do Direito brasileiro.

²³¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 72.

De acordo com Piovesan,

essa interpretação é absolutamente compatível com o princípio da interpretação conforme a Constituição. Isto é, se a interpretação do § 3º do art. 5º aponta a uma abertura envolvendo várias possibilidades interpretativas, acredita-se que a interpretação mais consoante e harmoniosa com a racionalidade e teleologia constitucional é a que confere ao § 3º do art. 5º, fruto da atividade do Poder Constituinte Reformador, o efeito de permitir a “constitucionalização formal” dos tratados de proteção de direitos humanos ratificados pelo Brasil.²³²

O mesmo entendimento é defendido por Adriana Salgado Peters, para quem

os tratados internacionais de direitos humanos são por força do art. 5º, § 2º, da CF/88, normas constitucionais. Seguindo a lógica do razoável e a racionalidade material que orientam a hermenêutica dos direitos humanos, o § 3º do art. 5º da CF/88 deve ser interpretado em consonância com aquele, ou seja, a hierarquia de valores, a preponderância de um direito fundamental, deve condicionar a hierarquia das formas no plano jurídico-normativo e não, o inverso. Outrossim, Celso Lafer enfatiza que o art. 5º, § 3º, da CF/88 constitui apenas uma lei interpretativa, clarificadora, portanto, do conteúdo de lei preexistente. Numa interpretação sistemática, conclui-se que o recente parágrafo reconheceu de modo explícito a natureza materialmente constitucional dos direitos humanos e, de forma inovadora, também a natureza formalmente constitucional daqueles.²³³

Ingo Wolfgang Sarlet, por sua vez, afirma que

quanto aos tratados incorporados pelo rito mais rigoroso das emendas, em relação a estes se estaria apenas (?) a reforçar – no plano formal – a sua hierarquia constitucional material desde logo assegurada por força do art. 5º, § 2º da CF. Que, de fato, tal interpretação talvez não represente – se tomada isoladamente – um avanço significativo, bem como – bem adverte André Ramos Tavares – se revela problemática, se com isso se estiver pretendendo fundamentar a constitucionalidade dos tratados apenas no novo § 3º do art. 5º da CF e não – como deveria ser – já com base no § 2º do mesmo dispositivo, introduzido pelo Constituinte de 1988, deve evidentemente ser levado em conta.²³⁴

²³² Idem, p. 73.

²³³ PETERS, Adriana Salgado. “A eficácia do § 3º do art. 5º, da Constituição Federal de 1988. In: PIOVESAN, Flávia e IKAWA, Daniela (orgs.). *Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação. Perspectivas e desafios contemporâneos*, p. 230.

²³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. “A reforma do Judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: observações sobre o § 3º do art. 5º da Constituição”. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais*, p. 61.

Finalmente, Valerio de Oliveira Mazzuoli também entende que a constitucionalidade material decorrente do § 2º do art. 5º não foi alterada pela inserção do § 3º, constituindo as duas normas fundamentos para a atribuição de *status* constitucional aos tratados internacionais (que passariam, por conseguinte, em ambos os casos, a servir de parâmetro de constitucionalidade):

Em outras palavras, se os tratados de direitos humanos têm “*status* de norma constitucional”, nos termos do art. 5º, § 2º, da Constituição, ou se são “equivalentes às emendas constitucionais”, posto que aprovados pela maioria qualificada prevista no art. 5º, § 3º, da mesma Carta, significa que podem eles ser paradigma de controle das normas infraconstitucionais no Brasil.²³⁵

Assim, de modo geral, os autores que, anteriormente à inserção do § 3º no art. 5º da Constituição, defendiam a natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, não desanimaram diante da nova norma, nem viram nela motivo para alterar seu posicionamento.

Contudo, para significativa parcela da doutrina, o novo dispositivo encerrou a questão, estabelecendo, de forma peremptória, a natureza infraconstitucional dos tratados de direitos humanos, os quais somente passariam a ter *status* hierárquico equivalente ao de emendas constitucionais se cumpridos os requisitos previstos no aludido parágrafo.

Nesse tocante, destaca-se o entendimento de José Afonso da Silva, autor que, inicialmente filiado à corrente que atribuía aos tratados internacionais de direitos humanos *status* hierárquico constitucional, reformulou seu entendimento após a inserção do § 3º ao art. 5º da Constituição – sem, no entanto, deixar de reconhecer a tais normas a condição de *materialmente constitucionais*:

Esse § 3º inserido pela Emenda Constitucional 45/2004 regula ou interpreta a segunda parte do § 2º quando admite a incorporação dos tratados e convenções sobre direitos humanos ao direito constitucional pátrio – recepção, essa, que gerou controvérsia

²³⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*, p. 185-6.

quanto a saber em que termos se dava essa incorporação. Parte da doutrina – que tinha meu apoio – sustentava que essa incorporação se dava já com a qualidade de norma constitucional; outra entendia que assim não era, porque esses acordos internacionais não eram aprovados com o mesmo *quorum* exigido para a formação de normas constitucionais. Não é o caso de discutir, agora, o acerto ou o desacerto dessas posições, uma vez que a Emenda Constitucional 45/2004, acrescentando esse § 3º ao art. 5º, deu solução expressa à questão no sentido pleiteado por esta última corrente doutrinária. Temos aí um § 3º regulando interpretativamente cláusula do § 2º, a dizer que os tratados e convenções sobre direitos humanos só se incorporarão ao Direito interno com o *status* de norma constitucional *formal* se os decretos legislativos por meio dos quais o Congresso Nacional os referenda (art. 49, I) forem aprovados com as mesmas exigências estabelecidas no art. 60 para a aprovação das emendas constitucionais – ou seja, discussão e votação em ambas as Casas do Congresso Nacional, em dois turnos, e aprovação por três quintos de votos dos seus membros. *Direito constitucional formal*, dissemos, porque só nesse caso adquirem a supremacia própria da Constituição, pois de *natureza constitucional material* o serão sempre, como o são todas as normas sobre direitos humanos. A diferença importante está aí: as normas infraconstitucionais que violarem as normas internacionais acolhidas na forma daquele § 3º são inconstitucionais e ficam sujeitas ao sistema de controle de constitucionalidade na via incidente como na via direta; as que não forem acolhidas desse modo ingressam no ordenamento interno no nível da lei ordinária, e eventual conflito com as demais normas infraconstitucionais se resolverá pelo modo de apreciação da colidência entre *lei especial e lei geral*.²³⁶

Constata-se, no excerto transcrito, que, embora o aludido autor entenda que o legislador constituinte solucionou a questão, não traça qualquer juízo de valor acerca do acerto ou desacerto da decisão legislativa. Relevante também é observar que, para o autor, o reconhecimento da *constitucionalidade material* dos tratados de direitos humanos não implica – ao menos a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004 – a assunção de um *status* formalmente constitucional, nem mesmo pela via da cláusula de abertura do § 2º.

Entendimento similar é adotado por Elival da Silva Ramos:

O que se pode, todavia, é demonstrar o equívoco daqueles que pretenderam encontrar no § 2º, do art. 5º, da CF/88, fundamento para a afirmação de que os tratados internacionais sobre direitos humanos, diferentemente dos demais, uma vez

²³⁶ DA SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*, p. 179-80.

incorporados ao direito positivo brasileiro, assumiriam posicionamento hierárquico de nível constitucional. A disposição aludida encontra seu antecedente mais remoto no constitucionalismo brasileiro no art. 78, da Constituição de 24 de fevereiro de 1891, tendo sido repetida, com pequenas nuanças de redação, em todas as Cartas que se seguiram. O sentido que a ele sempre se atribuiu foi o de que a enumeração de direitos fundamentais contida na CF/88 não é exaustiva ou taxativa, porquanto se completa tal catálogo com outros direitos decorrentes do sistema político (democracia) e dos princípios por ela adotados. Isso não equivale, no entanto, a dizer que todos os direitos fundamentais decorrentes estejam sediados em normas de hierarquia constitucional. Na verdade, a primeira parte do § 2º do art. 5º se reporta aos direitos fundamentais implícitos (decorrentes), os quais tanto podem ser extraídos de normas da própria CF/88, quanto de normas infraconstitucionais. Ora, a segunda parte do mencionado parágrafo, novidade da CF/88, enriqueceu ainda mais o rol de direitos fundamentais, postando ao lado dos direitos fundamentais implícitos ou decorrentes os direitos reconhecidos em “tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Tal inovação nada predica em relação ao posicionamento hierárquico dos tratados sobre direitos humanos incorporados ao direito interno brasileiro, que a interpretação sistemática da CF/88 remete ao nível de paridade com a legislação ordinária, na linha do que ocorre com os demais ajustes internacionais.²³⁷

Carlos Thompson Costa Fernandes, por seu turno, embora critique a opção do legislador constituinte (a qual considera um retrocesso no processo de fortalecimento da proteção dos direitos humanos na esfera supranacional), entende que a única hermenêutica possível, à luz do § 3º do art. 5º da Constituição, consiste em atribuir aos tratados internacionais de direitos humanos *status* constitucional apenas se estes forem aprovados com os requisitos previstos em tal dispositivo. “Não sendo aprovada nos moldes desse rito e com o *quorum* qualificado, terá força de lei ordinária, resolvendo-se eventual conflito pelas regras ínsitas a conflitos dessa envergadura”.²³⁸ A conclusão, como afirmado, não resta imune a crítica pelo próprio autor:

²³⁷ RAMOS, Elival da Silva. “Os tratados sobre direitos humanos no direito constitucional brasileiro pós-Emenda Constitucional 45/04”. In: AMARAL Jr., Alberto doe JUBILUT, Liliana Lyra (orgs.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*, p.164-5.

²³⁸ FERNANDES, Carlos Thompson Costa. *Os tratados e convenções de direitos humanos e o art. 5º da Constituição da República*. In: DE MOURA, Lenice S. Moreira (org.). *O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides*, p. 196.

Evidencia-se pertinente admitir que esse posicionamento não agasalha todas as relevantes e procedentes premissas incorporadas nas mais avançadas Constituições e legislações do direito comparado, no sentido do fortalecimento da perspectiva de proteção supranacional em matéria de direitos humanos.

Essa tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de prestigiar as normas internacionais de proteção ao ser humano resta dificultada a partir do instante em que, nos moldes da Constituição Federal, mostra-se possível conceder a mero tratado de perfil comercial, idêntico tratamento dado a outro, versante sobre direitos humanos, desde que este último não tenha sido incorporado nos termos do § 3º do artigo 5º da Constituição da República.

Do mesmo modo, cria-se a possibilidade de coexistência de tratados de direitos humanos com hierarquias normativas distintas; sendo um aprovado seguindo-se os parâmetros da norma constitucional dantes citada, e outro, que não atingiu o *quorum* qualificado, com hierarquia apenas similar à lei ordinária.

Todavia, mesmo com esses obstáculos, fica a indagação: a Constituição Federal, sobretudo após o advento do § 3º do artigo 5º, deixou margem para outra exegese?

A resposta, a meu juízo, é negativa.

É notório, e as críticas estão nos quatro cantos, que o § 3º do artigo 5º da Constituição Federal não atingiu o objetivo de finalizar a polêmica existente acerca da internalização dos tratados sobre direitos humanos no Direito brasileiro.

É também manifesto que esse preceito, infelizmente, é bom que se reprise, não acompanhou a evolução, hoje prestigiada em diversas constituições alienígenas, de conferir automaticamente aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos hierarquia constitucional e aplicação imediata. Esse reconhecimento induz à ilação de que a mudança constitucional em relação ao tema não avançou o quanto se desejava ou deveria.

O § 3º terminou prestigiando a antiga jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que adotava como regra a paridade dos tratado e convenções internacionais à legislação ordinária, inclusive os que versassem sobre direitos humanos. Mas agora outorgou-se ao legislador a discricionariedade de conferir hierarquia privilegiada a esses tratados e convenções, desde que ambas as casas do Congresso Nacional aprovem em dois turnos, e com maioria qualificada de 3/5 (três quintos). Não se observando esse procedimento, tais tratados terão paridade com as leis ordinárias. Sendo aprovados com esse *quorum*, terão força normativa equivalente às emendas à Constituição.²³⁹

A doutrina ainda registra certa controvérsia acerca da obrigatoriedade ou não de observância do rito especial previsto no § 3º. Carlos Thompson Costa Fernandes entende ser facultativo o rito, refutando a argumentação em sentido contrário:

²³⁹ Idem, p. 196-8.

Registre-se não haver, sob o prisma técnico-jurídico, qualquer contratempo nessa outorga não compulsória ao Congresso Nacional, como entendera Valerio Mazzuoli, ao inscrever que se consumaria comprometimento do princípio da segurança jurídica e daqueles regentes das relações internacionais deixar ao livre talante do legislador a opção de conferir ou não a tratado ou convenção sobre direitos humanos *status* equivalente às emendas constitucionais, gerando um paradoxo no sistema a partir do instante em que matérias de direitos humanos possam ser aprovadas com grau hierárquico distinto. Afinal, ele é o Poder incumbido, por excelência, de legislar, ainda mais quando o tema pode vir a ter conotação constitucional.

Essa é a interpretação possível a ser subtraída do texto constitucional.²⁴⁰

Constata-se, portanto, que a inclusão do § 3º ao art. 5º da Constituição Federal veio a robustecer a teoria que atribui aos tratados internacionais de direitos humanos *status* equivalente ao de lei ordinária, salvo na hipótese de aprovação com observância do rito especial previsto em tal dispositivo.

Finalmente, em relação à corrente doutrinária que sustenta que os tratados internacionais de direitos humanos situar-se-iam em grau hierárquico intermediário entre as leis ordinárias e as normas constitucionais, sendo superiores àquelas, mas inferiores a estas, destaca-se o posicionamento defendido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, em voto proferido no julgamento do Recurso Extraordinário em *Habeas Corpus* n. 79.785/RJ (julgado em 29 de março de 2000), que pode ser sintetizado nos seguintes trechos:

De logo, participo do entendimento unânime do Tribunal que recusa a prevalência sobre a Constituição de qualquer convenção internacional [...].

[...]

Se a questão, no entanto – no estágio ainda primitivo de centralização e efetividade da ordem jurídica internacional – é de ser resolvida sob a perspectiva do juiz nacional – que, órgão do Estado, deriva da Constituição sua própria autoridade jurisdicional – não compreendo possa ele buscar, senão nessa Constituição mesma, o critério da solução de eventuais antinomias entre normas internas e normas internacionais. O que é bastante a firmar a supremacia sobre as últimas da Constituição, ainda quando esta eventualmente atribua aos tratados a prevalência no conflito: é que, mesmo nessa hipótese, a primazia derivará da Constituição e não de uma apriorística força intrínseca da convenção internacional.

²⁴⁰ Ibidem, p. 198.

[...]

Ora, a partir da Constituição positiva do Brasil – e não daquilo que a cada um aprovesse que ela fosse – fica acima de minha inteligência compreender que, sobre ela, se afirmasse o primado incondicional das convenções internacionais, de tal modo que, se anteriores, permanecessem elas incólumes ao advento da norma constitucional adversa e, posteriores, pudessem ab-rogá-la.

Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, *b*).

Certo, com o alinhar-me ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não assumo compromisso de logo – como creio ter deixado expresso no voto proferido na ADInMc 1.480 – com o entendimento, então majoritário – que, também em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais – preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis.

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. 225).

Se assim é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º, § 2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos.²⁴¹

A posição de Sepúlveda Pertence, contudo, no recurso em destaque, restou vencida. Com efeito, embora parte de seu entendimento conste expressamente da ementa da decisão (“4. Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação. II. A Constituição do Brasil e as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos: prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinômicas.”), a tese da

²⁴¹ Cf. voto proferido no RHC n. 79.785/RJ, j. 29.03.2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661>. Acesso em 20.09.2010.

supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos não prevaleceu, tendo o Pretório Excelso mantido o entendimento, então consolidado há mais de duas décadas, que equiparava os tratados internacionais à legislação ordinária.

Curiosamente, no entanto, a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos viria a ressurgir no Supremo Tribunal Federal anos depois, por ocasião da mudança de um paradigma consolidado por quase três décadas.

8.2.2. O posicionamento do Supremo Tribunal Federal

Ao longo do tempo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no que tange à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, acolheu algumas das teorias anteriormente mencionadas. Cumpre notar, no entanto, que o Supremo não chegou a aceitar, em momento algum, a consagrada teoria que atribui aos tratados internacionais de direitos humanos hierarquia constitucional. Tampouco recepcionou a teoria que lhes atribuíria hierarquia superior à das normas constitucionais.

Além disso, como observa Elival da Silva Ramos, a

jurisprudência do STF jamais acolheu o entendimento de que os tratados sobre direitos humanos teriam um tratamento diverso dos demais pactos internacionais no tocante ao posicionamento hierárquico em face das fontes normativas internas e à incorporação ao ordenamento nacional²⁴².

Contudo, Jacob Dolinger observa que

anteriormente a 1977, há diversos acórdãos consagrando o primado do Direito Internacional, como é o caso da União Federal vs. Cia. Rádio Internacional do Brasil (1951), em que o Supremo Tribunal Federal decidiu unanimemente que um tratado revogava leis anteriores (Apelação Cível n. 9.587). Merece também menção um acórdão do STF, em 1914, no Pedido de Extradicação n. 7 de 1913,

²⁴² RAMOS, Elival da Silva. “Os tratados sobre direitos humanos no direito constitucional brasileiro pós-Emenda Constitucional 45/04”. In: AMARAL Jr., Alberto do e JUBILUT, Liliana Lyra (orgs.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*, p.167-8.

em que se declarava estar em vigor e aplicável um tratado, apesar de haver uma lei posterior contrária a ele. O acórdão na Apelação Cível n. 7.872 de 1943, com base no voto de Philadelpho de Azevedo, também afirma que a lei não revoga o tratado. Ainda nesse sentido está a Lei n. 5.172 de 25/10/66 que estabelece: “os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhe sobrevinha”.²⁴³

O alegado primado do direito internacional, no entanto, estabelece-se em face da legislação ordinária, e não das normas constitucionais.

Relevante, para o objeto do presente estudo, é a decisão proferida por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 71.154, em 04 de agosto de 1971. Embora tal julgamento não tivesse por objeto qualquer tratado internacional de direitos humanos, mas sim a Lei Uniforme sobre o Cheque (adotada pela Convenção de Genebra), a decisão foi importante no sentido de consignar a desnecessidade da repetição de norma internacional pela legislação pátria, bem como, por outro lado, a imprescindibilidade da promulgação de decreto pelo Presidente da República. Com efeito, o aludido acórdão traz a seguinte ementa:

EMENTA – Lei Uniforme sobre o Cheque, adotada pela Convenção de Genebra. Aprovada essa Convenção pelo Congresso Nacional, e regularmente promulgada, suas normas têm aplicação imediata, inclusive naquilo em que modificarem a legislação interna. Recurso Extraordinário conhecido e provido.²⁴⁴

Sobre tal julgamento, afirma Elival da Silva Ramos:

Por conseguinte, desde esse histórico julgado, pacificou-se o entendimento de que, no Brasil, um tratado internacional pode ser diretamente aplicado, não sendo necessária a absorção de seu conteúdo normativo pela legislação pátria, porém, para tanto, é indispensável que, após a devida ratificação (que encerra o procedimento de celebração), seja ele promulgado por decreto do Presidente da República. O referido ato presidencial atesta a existência de direito novo, de origem externa, tornando-o

²⁴³ DOLINGER, Jacob. *A nova Constituição e o direito internacional*, p. 13. Apud PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 62.

²⁴⁴ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=166999>. Acesso em 21.09.2010.

imediatamente aplicável após a publicação no Diário Oficial da União.

Milita a favor da aplicação direta de tratados internacionais, dispensando-se a lei de intermediação, o estatuído no art. 102, inc. III, alínea *b*, da CF/88, que admite o cabimento de recurso extraordinário quando a decisão recorrida “declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”, condenando-se a expressão “tratado” à ociosidade se prevalecesse a tese da obrigatória absorção legislativa. De outra parte, a exigência da expedição de decreto de promulgação para a incorporação de tratado ao direito interno brasileiro está em harmonia com praxe de há muito consagrada, embora não tenha sido expressamente prevista em nenhuma de nossas Constituições.

Não há, pois, que se falar em incorporação automática de tratados internacionais ao direito brasileiro.²⁴⁵

Como visto anteriormente, parte da doutrina sustenta que, à luz da Constituição de 1988, os tratados internacionais de direitos humanos teriam forma de incorporação à ordem jurídica brasileira distinta daquela aplicável aos demais tratados internacionais. Embora a decisão epigrafada seja anterior à promulgação da Carta de 1988 e não tenha por objeto tratado de direitos humanos, mas um tratado “comum”, é de se notar que o Supremo Tribunal Federal jamais acolheu a tese da distinção entre “incorporação automática” e “incorporação legislativa”, quer os tratados versem ou não sobre direitos humanos.

No mais, impende observar que a não aceitação, pelo Supremo, da distinção entre “incorporação automática” e “incorporação legislativa”, restou confirmada em 1997, por ocasião do julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.480-3/DF, ocorrido em 04 de setembro de 1997,²⁴⁶ portanto, após a entrada em vigor da Constituição de 1988. Além disso, o objeto dessa Medida Cautelar era a análise da constitucionalidade do Decreto Legislativo n. 68/92 e do Decreto n. 1.855/96 que incorporaram ao direito interno brasileiro a Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho.

Versando, portanto, sobre direitos humanos de natureza social (direitos trabalhistas), após a promulgação da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal

²⁴⁵ RAMOS, Elival da Silva. *Os tratados sobre direitos humanos no direito constitucional brasileiro pós-Emenda Constitucional 45/04*. In: AMARAL Jr., Alberto do e JUBILUT, Liliansa Lyra (orgs.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*, p. 157.

²⁴⁶ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>. Acesso em 21.09.2010.

Federal proferiu decisão da qual se defluiu a rejeição à tese de que os tratados internacionais de direitos humanos ingressariam na ordem jurídica interna brasileira por procedimento distinto daquele aplicável aos demais tratados internacionais. O não acolhimento da tese em âmbito pretoriano, contudo, não implicou sua rejeição na esfera doutrinária, na qual ainda conta com grande aceitação, como visto anteriormente.

A par do aspecto procedimental de incorporação dos tratados internacionais, acresce observar que, até o ano de 2008, o Supremo Tribunal Federal manteve, acerca da questão concernente à hierarquia dos tratados internacionais em face da legislação interna, o entendimento exarado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004/SE, julgado em 1º de junho de 1977,²⁴⁷ que atribuía aos tratados internacionais, *independentemente da matéria sobre a qual versassem*, estatura hierárquica compatível com a de leis ordinárias.

Convém observar que a matéria versada no aludido recurso extraordinário não dizia respeito a direitos humanos. De fato, o tratado internacional acerca do qual se instaurou a controvérsia então dirimida foi a Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias (Convenção de Genebra), que apresentava antinomia com o Decreto-lei federal n. 427/69. O acórdão citado tem a seguinte ementa:

EMENTA: - CONVENÇÃO DE GENEBRA – LEI UNIFORME SOBRE LETRAS DE CÂMBIO E NOTAS PROMISSÓRIAS – AVAL APOSTO A NOTA PROMISSÓRIA NÃO REGISTRADA NO PRAZO LEGAL – IMPOSSIBILIDADE DE SER O AVALISTA ACIONADO, MESMO PELAS VIAS ORDINÁRIAS. VALIDADE DO DECRETO-LEI N. 427, DE 22.01.1969.

Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do País, disso decorrendo a constitucionalidade e consequente validade do Decreto-lei n. 427/69, que instituiu o registro obrigatório da Nota Promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título.

Sendo o aval um instituto do direito cambiário, inexistente será ele se reconhecida a nulidade do título cambial a que foi aposto.

Recurso extraordinário conhecido e provido.

²⁴⁷ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>. Acesso em 21.09.2010.

Como evidencia a ementa transcrita, a matéria debatida no recurso em questão não guarda qualquer relação com a temática dos direitos humanos. Ainda assim, o Supremo Tribunal Federal entendeu aplicável o entendimento a todo e qualquer tratado internacional.

A adoção de tal posição pelo Supremo Tribunal Federal não restou isenta de críticas. Celso D. Albuquerque Mello, nesse tocante, afirmava que a

tendência mais recente no Brasil é a de um verdadeiro retrocesso nessa matéria. No Recurso Extraordinário n. 80.004, decidido em 1977, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que uma lei revoga o tratado anterior. Esta decisão viola também a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969) que não admite o término de tratado por mudança de direito superveniente.²⁴⁸

Outra crítica severa à decisão provém de Flávia Piovesan:

Acredita-se que o entendimento firmado a partir do julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004 enseja, de fato, um aspecto crítico, que é a sua indiferença diante das consequências do descumprimento do tratado no plano internacional, na medida em que autoriza o Estado-parte a violar dispositivos da ordem internacional – os quais se comprometeu a cumprir de boa-fé. Essa posição afronta, ademais, o disposto pelo art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que determina não poder o Estado-parte invocar posteriormente disposições de direito interno como justificativa para o não cumprimento de tratado. Tal dispositivo reitera a importância, na esfera internacional, do princípio da boa-fé, pelo qual cabe ao Estado conferir cumprimento às disposições de tratado, com o qual livremente consentiu. Ora, se o Estado, no livre e pleno exercício de sua soberania, ratifica um tratado, não pode posteriormente obstar seu cumprimento. Além disso, o término de um tratado está submetido à disciplina da denúncia, ato unilateral do Estado pelo qual manifesta seu desejo de deixar de ser parte de um tratado. Vale dizer, em face do regime de Direito Internacional, apenas o ato da denúncia implica a retirada do Estado de determinado tratado internacional. Assim, na hipótese da inexistência do ato da denúncia, persiste a responsabilidade do Estado na ordem internacional.²⁴⁹

²⁴⁸ MELLO, Celso D. Albuquerque. *Curso de direito internacional público*, p. 69. Apud PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional Internacional*, p. 62.

²⁴⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 62-3.

A questão da antinomia entre tratados internacionais de direitos humanos e normas do ordenamento jurídico brasileiro interno ganhou novos ares a partir de 1992, com a adesão do Brasil ao Pacto de São José da Costa Rica. Com efeito, a adesão ao aludido tratado instaurou uma antinomia entre norma nele previsto e dispositivo inserto na Constituição de 1988, em relação à possibilidade de prisão civil do depositário infiel.

Como é sabido, a chamada prisão civil é prevista na Constituição Federal no inciso LXVII de seu art. 5º, *verbis*:

LXVII – não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

São estas, portanto, as duas únicas hipóteses em que o texto constitucional autoriza a prisão civil por dívida.

Ocorre que, como visto anteriormente, o poder constituinte originário estabeleceu, no mesmo art. 5º, o § 2º nos seguintes termos:

§ 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.

Por ocasião da promulgação da Constituição de 1988, vigia no Brasil (e ainda vige) o Decreto-lei federal n. 911/69, o qual, regulando o contrato de alienação fiduciária, equiparou, em seu art. 4º, o devedor fiduciante à figura do depositário. Assim, a não devolução de veículo alienado a instituição financeira (na qualidade de credora fiduciária), como garantia da dívida decorrente de financiamento para a aquisição de tal bem, em caso de não localização deste ou da transferência de sua posse direta a terceiro, implicaria a equiparação do devedor fiduciante à figura do depositário infiel, viabilizando sua prisão civil, nos termos do art. 652 do Código Civil, combinado com os arts. 902, § 1º, e 904, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil.

À luz do precitado inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal, tal prisão seria admissível, diante da equiparação do devedor fiduciante ao depositário infiel, determinada pelo Decreto-lei em questão.

Em 1992, no entanto, o Brasil aderiu à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, cujo art. 7º, n. 7, estabelece:

7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Há evidente contradição entre o dispositivo transcrito – que elenca como única hipótese de prisão civil por dívida aquela decorrente da obrigação alimentar – e o inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal, que, além dessa hipótese, também prevê a prisão civil do devedor fiduciante, por sua equiparação ao depositário infiel.

A contradição ensejou o surgimento de acirrada controvérsia doutrinária, sintetizada por Gilmar Ferreira Mendes nos seguintes termos.²⁵⁰

Com a adesão do Brasil a essa convenção, assim como ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, sem qualquer reserva, ambos no ano de 1992, iniciou-se um amplo debate sobre a possibilidade de revogação, por tais diplomas internacionais, da parte final do inciso LXVII do art. 5º da Constituição brasileira de 1988, especificamente, da expressão “depositário infiel”, e, por consequência, de toda a legislação infraconstitucional que nele possui fundamento direto ou indireto.

Dispensada qualquer análise pormenorizada da irreconciliável polêmica entre as teorias monista (Kelsen) e dualista (Triepel) sobre a relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno dos Estados – a qual, pelo menos no tocante ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, tem-se tornado ociosa e supérflua –, é certo que qualquer discussão nesse âmbito pressupõe o exame da relação hierárquico-normativa entre os tratados internacionais e a Constituição.

Desde a promulgação da Constituição de 1988, surgiram diversas interpretações que consagraram um tratamento

²⁵⁰ Cf. voto proferido no RE n. 466.343, j. 03.12.2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em 21.09.2010.

diferenciado aos tratados relativos a direitos humanos, em razão do disposto no § 2º do art. 5º, o qual afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Essa disposição constitucional deu ensejo a uma instigante discussão doutrinária e jurisprudencial – também observada no direito comparado – sobre o *status* normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, a qual pode ser sistematizada em quatro correntes principais, a saber:

- a) a vertente que reconhece a natureza *supraconstitucional* dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos;
- b) o posicionamento que atribui caráter *constitucional* a esses diplomas internacionais;
- c) a tendência que reconhece o *status* de *lei ordinária* a esse tipo de documento internacional;
- d) por fim, a interpretação que atribui caráter *supralegal* aos tratados e convenções sobre direitos humanos.

Como demonstrado, a partir do julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004/SE, em 1977, o Supremo Tribunal Federal adotou o entendimento segundo o qual os tratados internacionais, independente da matéria neles contida, teriam hierarquia idêntica à das leis ordinárias.²⁵¹

Embora, como visto, a decisão tenha sido anterior à promulgação da Constituição de 1988, e tivesse por objeto matéria estranha à temática dos direitos humanos, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de se manifestar especificamente acerca da antinomia entre o inciso LXVII do art. 5º da Constituição e o art. 7º, n. 7, da Convenção Americana, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* n. 72.131/RJ,²⁵² em 23 de novembro de 1995. E, em tal julgamento, o Supremo manteve o entendimento acerca da paridade hierárquica entre os tratados internacionais (em especial, nesse caso, os tratados internacionais de direitos humanos) e as leis ordinárias, não restando qualquer dúvida, por conseguinte, acerca da confirmação da postura adotada em 1977, mesmo à luz da nova Constituição e da Convenção Americana, como demonstra a ementa da decisão:

EMENTA: “Habeas Corpus”. Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel.

²⁵¹ Nesse sentido: RE n. 80.004/SE, RTJ 83/809 e Informativo STF n. 73.

²⁵² Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>. Acesso em 21.09.2010.

- Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988.

- Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica.

“Habeas Corpus” indeferido, cassada a liminar concedida.

Destaca-se, no aludido acórdão, o voto do Ministro Celso de Mello, do qual se epigrafam os seguintes excertos:

É inquestionável, **dentro do sistema jurídico brasileiro**, que a normatividade emergente dos tratados internacionais permite situar tais atos de direito internacional público, **no que concerne à hierarquia das fontes**, no mesmo plano e grau de eficácia em que se posicionam as leis internas, como reconhece a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 58/70 – RTJ 83/809) e acentua o magistério da doutrina [...].

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

[...]

Os tratados internacionais **não podem** transgredir a normatividade emergente da Constituição, pois, **além de não disporem** de autoridade para restringir a eficácia jurídica das cláusulas constitucionais, **não possuem** força para conter ou delimitar a esfera de abrangência normativa dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental.

Não me parece que o Estado brasileiro deva ter inibida a prerrogativa institucional de legislar sobre prisão civil, sob o fundamento de que o Pacto de São José teria pré-excluído, em sede convencional, a possibilidade de disciplinações desse mesmo tema pelo Congresso Nacional.

[...]

Parece-me irrecusável, no exame da questão concernente à primazia das normas de direito internacional público sobre a legislação interna ou doméstica do Estado brasileiro, que **não cabe atribuir**, por efeito do que prescreve o art. 5º, § 2º, da Carta Política, um **inexistente** grau hierárquico das convenções internacionais sobre o direito positivo interno vigente no Brasil, **especialmente sobre as prescrições fundadas em texto constitucional**, sob pena de essa interpretação inviabilizar, com manifesta ofensa à supremacia da Constituição – **que expressamente autoriza a**

instituição da prisão civil do depositário infiel (CF, art. 5º, LXVII), – o próprio exercício, pelo Congresso Nacional, de sua **típica** atividade político-jurídica consistente no desempenho da função de legislar.

Releva notar que a votação, no julgamento do aludido *habeas corpus*, não foi unânime, restando vencidos os Ministros Marco Aurélio, Francisco Rezek, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence. Contudo, apesar de quatro votos contrários, observa Flávia Piovesan que “esse entendimento foi posteriormente reiterado nos julgamentos do RE 206.482-SP; HC 76.561-SP, Plenário, 27.5.1998; ADI 1480-3-DF, 4.9.1997; e RE 243.613, 27.4.1999”.²⁵³

Não obstante, acerca da divergência entre os votos, observa Elival da Silva Ramos que

esses votos, capitaneados pelo Ministro-relator Marco Aurélio, não discrepam da maioria relativamente à qualificação do *Pacto de San José da Costa Rica* como fonte normativa no âmbito infraconstitucional, equiparada à legislação ordinária. O que sustentaram os propugnadores da concessão da ordem de *habeas corpus*, naquela ocasião, foi a não recepção do Decreto-Lei n. 911/69 pela CF/88, na parte em que equipara, em sede de alienação fiduciária de bens móveis, a figura do devedor fiduciante à do depositário, com as decorrências legais de tal equiparação.²⁵⁴

A questão ganhou novos aspectos a partir da promulgação da Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004, que acrescentou ao art. 5º da Constituição Federal o § 3º, nos seguintes termos:

§ 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.

²⁵³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 64, nota de rodapé n. 41.

²⁵⁴ RAMOS, Elival da Silva. “Os tratados sobre direitos humanos no direito constitucional brasileiro pós-Emenda Constitucional 45/04”. In: AMARAL Jr., Alberto do e JUBILUT, Líliliana Lyra (orgs.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*, p. 157.

A despeito do fato de que o novo dispositivo constitucional buscou estabelecer uma linha demarcatória entre tratados que passariam a gozar de hierarquia constitucional e tratados que não teriam tal *status*, sua entrada no mundo jurídico, como demonstrado anteriormente, não pacificou a discussão acerca do tema, levando-a, contudo, a novas direções.

A alteração no texto constitucional, evidentemente, trouxe significativo impacto para a posição jurisprudencial acerca da matéria.

O próprio Ministro Celso de Mello, que, como visto anteriormente, defendera a natureza infraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, afirmou, em voto proferido no *Habeas Corpus* n. 87.585-8,²⁵⁵ que

após longa reflexão sobre o tema, [...] julguei necessário reavaliar certas formulações e premissas teóricas que me conduziram a conferir aos tratados internacionais em geral (qualquer que fosse a matéria neles veiculada), posição juridicamente equivalente à das leis ordinárias.

Observa, ainda, em relação à inclusão do § 3º no art. 5º da Constituição, que

em decorrência dessa reforma constitucional, e ressalvadas as hipóteses a ela anteriores (considerado, quanto a estas, o disposto no § 2º do art. 5º da Constituição), tornou-se possível, agora, atribuir, formal e materialmente, às convenções internacionais sobre direitos humanos, hierarquia jurídico-constitucional, desde que observado, quanto ao processo de incorporação de tais convenções, o "iter" procedimental concernente ao rito de apreciação e de aprovação das propostas de Emenda à Constituição [...]. É preciso ressaltar, no entanto, como precedentemente já enfatizado, as convenções internacionais de direitos humanos celebradas antes do advento da EC n. 45/2004, pois, quanto a elas, incide o § 2º do art. 5º da Constituição, que lhes confere natureza materialmente constitucional, promovendo sua integração e fazendo com que se subsumam à noção mesma de bloco de constitucionalidade.

O tema foi analisado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP, ocorrido em 03 de

²⁵⁵ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>. Acesso em 21.09.2010.

dezembro de 2008, do qual se destaca o seguinte excerto do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes:²⁵⁶

Apesar da interessante argumentação proposta por essa tese, parece que **a discussão em torno do *status* constitucional dos tratados de direitos humanos foi, de certa forma, esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, a Reforma do Judiciário** (oriunda do Projeto de Emenda Constitucional n. 29/2000), a qual trouxe como um de seus estandartes a incorporação do § 3º ao art. 5º [...].

Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloquente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais.

Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico.

Em outros termos, solucionando a questão para o futuro – em que os tratados de direitos humanos, para ingressarem no ordenamento jurídico na qualidade de normas constitucionais, terão que ser aprovados em *quorum* especial nas duas Casas do Congresso Nacional –, **a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento do RE n. 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque (julgado em 1º.6.1977; DJ 29.12.1977) e encontra respaldo em um largo repertório de casos julgados após o advento da Constituição de 1988. [grifo nosso.]**

O Ministro Gilmar Mendes, no aludido voto, sustenta ainda que

é preciso ponderar, no entanto, se, no contexto atual, em que se pode observar a abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção aos direitos humanos, essa jurisprudência não teria se tornado completamente defasada.

²⁵⁶ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em 21.09.2010.

O autor reconhece, ainda, a existência de

uma tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção do ser humano. Por conseguinte, a partir desse universo jurídico voltado aos direitos e garantias fundamentais, as constituições não apenas apresentam maiores possibilidades de concretização de sua eficácia normativa, como também somente podem ser concebidas em uma abordagem que aproxime o Direito Internacional do Direito Constitucional.

Por fim, o autor conclui que “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sem sombra de dúvidas, tem de ser revisitada criticamente”.

A conclusão a que chegou o Ministro Gilmar Mendes – e que foi endossada pela maioria da Corte, tornando-se o novo paradigma acerca da hierarquia normativa dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos – pode ser sintetizada no seguinte trecho do aludido voto:

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

O Ministro Celso de Mello, no entanto, reiterou o entendimento exposto em seu voto no *Habeas Corpus* n. 87.585-8, posicionando-se, novamente, pela hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, não apenas em razão do § 3º do art. 5º, mas também por força do § 2º. Nesse tocante, observa Elival da Silva Ramos:

Em 12/3/2008, o Ministro Celso de Mello proferiu o seu voto-vista, se alinhando à maioria já formada, no sentido do

desprovemento do recurso, mas sob fundamento diverso daquele apresentado pelo Ministro Gilmar Mendes. Para Celso de Mello a supremacia dos tratados internacionais sobre direitos humanos em relação à legislação ordinária brasileira decorreria do *status* constitucional daquelas convenções, afirmação válida não apenas para os tratados incorporados ao ordenamento interno após a entrada em vigor da EC n. 45/04, e sim para todos os pactos internacionais com esse objeto. O voto implica a revisão profunda do entendimento anteriormente professado pelo eminente jurista e magistrado no âmbito do próprio STF, tendo sido ele o responsável [...] pela relatoria de incisivos julgados no sentido da hierarquia infraconstitucional dos tratados internacionais, incluindo os de direitos humanos, no direito brasileiro, em nível de paridade com a legislação ordinária. Aderiu o aludido Ministro à tese dos internacionalistas de direitos humanos que, com fulcro no § 2º, do art. 5º, da CF/88, sustentavam, antes mesmo da EC n. 45/04, que os tratados protetivos ingressavam em nosso direito interno em nível constitucional.²⁵⁷

Vidal Serrano Nunes Júnior,²⁵⁸ observando que “o STF, em seus pronunciamentos mais recentes, vem incorporando a noção de que os tratados internacionais teriam caráter supralegal, estando, portanto, situados sob a Constituição, mas sobre a legislação ordinária”, traz ainda outro exemplo de decisão nesse sentido, consubstanciada no julgamento do *Habeas Corpus* n. 95.967/MS (j. 11.11.2008).

Demonstrado, assim, o caminhar da jurisprudência acerca da intrincada questão, impende passar à análise crítica das soluções até agora buscadas pela doutrina e pela jurisprudência brasileira, a fim de apontar seus acertos e equívocos, bem como proceder a uma avaliação acerca do grau de sucesso de tais soluções, à luz dos problemas práticos que a realidade contemporânea tem ensejado.

8.2.3. Direito comparado

A fim de que se verifiquem de forma adequada os acertos e desacertos das teorias que ganharam terreno no contexto brasileiro, impende, ainda que de forma

²⁵⁷ RAMOS, Elival da Silva. “Os tratados sobre direitos humanos no direito constitucional brasileiro pós-Emenda Constitucional 45/04”. In: AMARAL JR., Alberto do e JUBILUT, Liliana Lyra (orgs.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*, p.183.

²⁵⁸ NUNES Jr., Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988*, p. 30, nota de rodapé n. 30.

breve, fazer menção às soluções que o direito positivo estrangeiro encontrou para as antinomias entre tratados internacionais de direitos humanos e as legislações internas dos Estados.

Essa análise comparativa ganha relevância diante do fato de que, como já afirmado, a origem de toda a controvérsia no direito brasileiro (e das várias teorias que tentam fornecer uma solução para o dilema de tais antinomias) reside no modo lacônico e defeituoso encontrado pela Constituição brasileira para regular a matéria. Tal análise evidencia ainda o fato de que, ao contrário do que sustenta parte da doutrina, não podem ser adotadas determinadas soluções *de lege ferenda*, que extrapolariam as possibilidades interpretativas contidas no potencial semântico dos dispositivos nacionais que regulam a matéria.

Nesse tocante, há que se observar que, embora seja inegável uma maior evolução do direito internacional no contexto da Comunidade Europeia, as Constituições dos países europeus têm previsões de naturezas as mais diversas no que tange à integração entre normas internacionais e normas internas. Contudo, diante do avançado estágio de desenvolvimento da União Europeia em relação as demais comunidades supranacionais, tais previsões, via de regra, fazem expressa menção ao direito internacional.

Convém citar, à guisa de exemplo, algumas soluções encontradas no direito europeu.

A Constituição portuguesa de 1976 traz, em seu artigo 16 (1), previsão similar àquela estampada na Carta brasileira:

Artigo 16.º

Âmbito e sentido dos direitos fundamentais

1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.
2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Acerca do item 1 do aludido artigo, constata-se imensa semelhança com a primeira parte do art. 5º, § 2º, da Constituição brasileira. De acordo com Jorge Miranda, “o art. 16, n. 1, da Constituição aponta para um sentido material de direitos fundamentais: estes não são apenas os que as normas formalmente constitucionais enunciem; são ou podem ser também direitos provenientes de outras fontes, na perspectiva mais ampla da Constituição material”²⁵⁹. O item 2, por seu turno, traz norma de maior precisão, definindo o modo de interpretação inclusive das normas constitucionais, evidenciando assim a interação entre estas e a Declaração Universal dos Direitos do Homem (vale lembrar que inexistente previsão similar na Constituição brasileira).

A Constituição espanhola, de 1978, guarda grande similaridade com a portuguesa. Com efeito, seu artigo 10 preconiza:

Artículo 10.

1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

A Constituição francesa, de 1958, adota expressamente, em seu artigo 55, a teoria da suprallegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos:

Art. 55. Os tratados ou acordos devidamente ratificados e aprovados têm, desde a data de sua publicação, autoridade superior à das leis, sob reserva, para cada acordo ou tratado, de sua aplicação pela outra parte.

A Constituição italiana de 1948, em seu artigo 10, trata de uma série de questões. A primeira parte do dispositivo, no entanto determina: “O ordenamento

²⁵⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, p. 152.

jurídico italiano adéqua-se às normas do direito internacional geralmente reconhecidas. A condição jurídica do estrangeiro é regulamentada pela lei, em conformidade com as normas e os tratados internacionais”.

O dispositivo não trata, assim, especificamente da hierarquia dos tratados de direitos humanos, embora faça menção à adequação do ordenamento jurídico como um todo ao direito internacional.

A Lei Fundamental alemã, de 1949, prevê, em seu artigo 23 (1) o seguinte:

(1) Para a realização de uma Europa unida, a República Federal da Alemanha contribuirá para o desenvolvimento da União Europeia, que está obrigada à salvaguarda dos princípios democrático, do Estado de Direito, social e federativo e do princípio da subsidiaridade, e garantirá uma proteção dos direitos fundamentais comparável, no essencial, à assegurada pela presente Lei Fundamental. Para este fim, a Federação poderá transferir direitos de soberania, por meio de lei que requer a aprovação do Conselho Federal. Os incisos 2 e 3 do artigo 79 se aplicam à criação da União Europeia, às reformas dos tratados constitutivos e a todo o ordenamento análogo, mediante os quais a presente Lei Fundamental seja reformada ou completada em seu conteúdo ou possibilitem tais reformas.²⁶⁰

Embora tal dispositivo não trate da hierarquia dos tratados internacionais, constata-se, em sua redação, que tratados internacionais podem vir a alterar o conteúdo da Lei Fundamental, embora, para tanto, seja necessária a edição de lei específica.

Assim, como afirmado, é possível verificar no ambiente europeu, a despeito da pluralidade de formas, uma interação explícita entre as normas internas e o

²⁶⁰ Tradução livre da versão em espanhol da Lei Fundamental. Disponível em: http://www.brasil.diplo.de/Vertretung/brasilien/pt/01__Willkommen/Constituicao__Hino__Bandeira/ConstituicaoEspanhol__PDF,property=Daten.pdf (na versão em espanhol: “*Para la realización de una Europa unida, la República Federal de Alemania contribuirá al desarrollo de la Unión Europea que está obligada a la salvaguarda de los principios democrático, del Estado de Derecho, social y federativo y del principio de subsidiaridad y garantiza una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial a la asegurada por la presente Ley Fundamental. A tal efecto, la Federación podrá transferir derechos de soberanía por una ley que requiere la aprobación del Bundesrat. Los apartados 2 y 3 del artículo 79 se aplican a la creación de la Unión Europea, al igual que a las reformas de los tratados constitutivos y a toda normativa análoga mediante la cual la presente Ley Fundamental sea reformada o completada en su contenido o hagan posible tales reformas o complementaciones.*”). Acesso em 21.09.2010.

direito internacional, fruto do estágio evolutivo em que a supranacionalidade se encontra naquela seara.

Na América Latina, a despeito do passado relativamente recente marcado por várias ditaduras que promoveram o desrespeito aos textos constitucionais e aos direitos humanos (o que resultou numa cultura de menosprezo às instituições políticas e à lei, e numa ainda incipiente comunidade supralegal, se comparada com o estágio de evolução atingido pela comunidade europeia), é possível verificar que muitas Constituições cuidam dos tratados de direitos humanos, e em especial da relação hierárquica destes com as ordens internas, de forma mais explícita, precisa e completa que a Constituição brasileira de 1988. Alguns exemplos, a seguir elencados, o demonstram de forma clara.

A Constituição da Argentina, reformada em 1994, no inciso 22 de seu artigo 75, determina, em sua parte final, que os tratados internacionais têm hierarquia superior à das leis. Contudo, os tratados internacionais de direitos humanos que o dispositivo expressamente enuncia têm, conforme previsão expressa, hierarquia de norma constitucional²⁶¹.

A Constituição da Venezuela, de 1999, traz norma de similar conteúdo em seu artigo 23, embora não elenque expressamente, como a Constituição argentina,

²⁶¹ Preconiza o aludido dispositivo, em sua redação original: *“Artículo 75. Corresponde al Congreso: (...) 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”*.

os tratados que teriam *status* constitucional, atribuindo patamar hierárquico a todos os tratados internacionais sobre direitos humanos. Preconiza o aludido artigo:

“Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorable a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

Assim, tanto a Constituição argentina quanto a venezuelana reconhecem expressamente a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. Disposições no mesmo sentido constam das Constituições da Costa Rica (art. 43), do Equador (arts. 43 e 17), de El Salvador (art. 28) e de Honduras (art. 119, 2).²⁶²

A Constituição do Chile, de 1980, dá tratamento menos específico à matéria, trazendo previsão similar à da Constituição brasileira, ao determinar, na segunda parte de seu art. 5º, que

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Em relação à Constituição do Peru, constata-se um retrocesso por ocasião da promulgação da nova Constituição, em 1993, em relação à Carta anterior, de 1979, como informa Flávia Piovesan:

A então Constituição do Peru de 1979, no mesmo sentido, determinava, no art. 105, que os preceitos contidos nos tratados de direitos humanos têm hierarquia constitucional e não podem ser modificados senão pelo procedimento que rege a reforma da própria

²⁶² Conforme levantamento efetuado por Patrícia Cobianchi Figueiredo (“Hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro antes e após a Emenda Constitucional 45 de dezembro de 2004”. In: PIOVESAN, Flávia, e IKAWA, Daniela (coords.). *Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação. Perspectivas e desafios contemporâneos*, p. 207).

Constituição. Já a atual Constituição do Peru de 1993 consagra que os direitos constitucionalmente reconhecidos devem ser interpretados em conformidade com a Declaração Universal de Direitos Humanos e com os tratados de direitos humanos ratificados pelo Peru. Decisão proferida em 2005 pelo Tribunal Constitucional do Peru endossou a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, adicionando que os direitos humanos enunciados nos tratados conformam a ordem jurídica e vinculam os poderes públicos.²⁶³

Observa a autora que

a Constituição da Nicarágua de 1986 integra à enumeração constitucional de direitos, para fins 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 nas Convenções Americana sobre Direitos Humanos. Essa Constituição confere, assim, hierarquia constitucional aos direitos constantes dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos.

Acrescenta, ainda, que

“outro exemplo é a Constituição da Guatemala de 1986, ao prever que os direitos e garantias nela previstos não excluem outros que não figurem expressamente do catálogo constitucional. Esse texto adiciona que os tratados de direitos humanos ratificados pela Guatemala têm preeminência sobre o direito interno, nos termos do art. 46. Na mesma direção segue a Constituição da Colômbia de 1991, reformada em 1997, cujo art. 93 confere hierarquia especial aos tratados de direitos humanos, determinando que estes prevalecem na ordem interna e que os direitos humanos constitucionalmente consagrados serão interpretados em conformidade com os tratados de direitos humanos ratificados pelo País.²⁶⁴

Verifica-se, assim, em relação à América Latina, que os textos constitucionais não se pautam pela uniformidade. Ora abordam a temática da hierarquia dos tratados internacionais com precisão, atribuindo-lhes *status* de norma constitucional (como as Constituições da Argentina e da Venezuela), ora retrocedem em relação às conquistas no campo dos direitos humanos (como a

²⁶³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 83-4.

²⁶⁴ *Idem*, p. 84.

nova Constituição peruana), ora tratam da questão de forma lacônica e insuficiente (como a Constituição chilena).

Resta evidente, à luz do cotejo entre as Constituições mencionadas, que a escolha do legislador constituinte brasileiro não foi a mais acertada.

9. Análise crítica da questão, à luz da realidade brasileira

Do exposto, conclui-se que, em razão da dicção lacunosa da Constituição no que tange aos tratados internacionais, especialmente quanto aos que versam sobre direitos humanos – matéria que, por sua relevância, tanto na ordem interna quanto na internacional, deveria ter recebido maior atenção por parte do legislador constituinte –, doutrina e jurisprudência esforçaram-se para encontrar uma solução para a questão das eventuais (e inevitáveis) antinomias entre normas internacionais e normas externas.

Uma análise crítica das soluções até aqui apresentadas revela que nenhuma delas logra solucionar de modo satisfatório o problema. Cada proposta soluciona um aspecto da questão, dando ensejo, no entanto, ao surgimento de outros dilemas. Cumpre, assim, expor, ainda que de forma breve, as correções e fragilidades das principais teorias que buscam resolver o impasse.

9.1. A teoria do “diálogo de transigência” e o argumento *pro homine*

Como visto anteriormente, Valerio Mazzuoli propõe que a solução das antinomias poderia ocorrer pelo que denomina *diálogo de transigência*, mediante o qual, havendo duas normas em conflito, seria aplicada a mais benéfica. Similar linha de raciocínio é defendida por Flávia Piovesan, com base no princípio *pro homine*, que determinaria sempre a aplicação da norma mais favorável ou protetiva. Também nesse sentido se posiciona Antônio Augusto Cançado Trindade, ao afirmar que

no presente domínio de proteção, não mais há pretensão de primazia do direito internacional ou do direito interno, como ocorria na polêmica clássica entre monistas e dualistas. No presente contexto, a primazia é da norma mais favorável às vítimas, que melhor as proteja, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno.²⁶⁵

²⁶⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, v. 1, p. 434.

Não é necessário, nem pertinente, repetir as críticas anteriormente formuladas à teoria do “diálogo de transigência”, seja porque já expostas, seja porque, como se demonstrou anteriormente, a adoção de tal teoria inviabiliza a busca de uma resposta que não resulte na “monossolução” que Valerio Mazzuoli tenta, sem sucesso, evitar. Acresce notar, entretanto, que, ainda que se admita a resposta em termos de “monossolução”, esta não equaciona adequadamente o problema em todos os seus aspectos e, por conseguinte, não o resolve.

Com efeito, esse posicionamento tem o grave defeito de desconsiderar a hierarquia das normas em conflito, na busca por uma solução que, embora à primeira vista pareça adequada, acarretaria, se acolhida, uma série de problemas ainda maior do que os já encontrados em face do atual quadro.

Valerio Mazzuoli, nesse tocante, expressamente afirma que “o *diálogo das fontes* pode ser aplicado sempre que uma *fonte* jurídica esteja em conflito com *outra fonte* do direito, não importando a hierarquia dessas mesmas fontes”,²⁶⁶ não deixando, assim, qualquer dúvida acerca da desconsideração do critério hierárquico na aplicação de tal método interpretativo.

A afirmação de que a adoção de tal procedimento implicaria, em última análise, a inviabilidade do controle de constitucionalidade dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos apenas tangencia o grau de complexidade da proposta.

Com efeito, a se acatar tal tese, uma norma interna que fosse mais benéfica, se não padecesse de vício formal, haveria de prevalecer em face de normas constitucionais menos benéficas. Ou seja, mesmo uma lei ordinária poderia prevalecer em face da Constituição, se aquela se mostrasse mais benéfica que esta, e o vício de inconstitucionalidade fosse material e não formal. Em outras palavras, *qualquer ato normativo*, desde que geral e abstrato – um decreto municipal, para se empregar um exemplo quase caricato – haveria de prevalecer sobre o texto constitucional. E mais do que isso, *restaria inviável o controle material*

²⁶⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*, p. 147.

da constitucionalidade da norma, na medida em que a superioridade constitucional, que é eminentemente hierárquica, não seria elemento a se considerar no cotejo entre tais normas.

Poder-se-ia alegar que dificilmente uma norma que ampliasse a proteção aos direitos humanos violaria a Constituição, independentemente da instância de que provenha. Tal argumento, no entanto, não basta para refutar a objeção. Com efeito, não se pode extrair essa certeza aprioristicamente, mormente quando se sabe que a realidade, muitas vezes, costuma ser mais rica que a imaginação. Nem sempre a capacidade humana de prefigurar hipóteses dá conta das inúmeras variantes que a realidade apresenta, como a história tem reiteradamente comprovado.

Figure-se, por exemplo, a possibilidade de que a República brasileira entregue determinada autoridade ao Tribunal Penal Internacional, em razão de gravíssima violação aos direitos humanos, com base no § 4º do art. 5º da Constituição. Numa situação extrema, o Tribunal Penal Internacional poderia aplicar a tal autoridade pena de prisão perpétua, nos termos do art. 77 do Estatuto de Roma. A Constituição, no entanto, determina, no inciso XLII de seu art. 5º, a vedação às penas de caráter perpétuo. À luz da proteção *coletiva e genérica* dos direitos humanos, a aplicação de pena mais severa a tal hipotética autoridade seria uma norma *mais benéfica* ao fortalecimento de tais direitos. Contudo, sob a ótica da autoridade condenada – que, evidentemente, também é titular dos mesmos direitos humanos que todos os demais, inclusive suas hipotéticas vítimas –, a aplicação da pena mais severa implicaria uma violação ao princípio *pro homine*.

Esta é, aliás, a razão pela qual Walter Claudius Rothenburg alerta para o que denomina *mito do bom tratado*, que consiste na crença de que a legislação internacional é sempre mais avançada, e sempre garante os direitos humanos com maior eficácia, do que a legislação doméstica.²⁶⁷

É claro que tal exemplo é extremo e tem poucas chances de concretização. Mas a possibilidade de sua ocorrência, ao menos em teoria, evidencia a fragilidade

²⁶⁷ ROTHENBURG, Walter Claudius. “A Convenção Americana de Direitos Humanos no contexto constitucional brasileiro” (in *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, ano I, n. 4, julho/setembro 2002).

da base sobre a qual a teoria da norma mais benéfica, com a completa desconsideração da hierarquia das normas (o que, em última análise, inviabilizaria o controle de constitucionalidade material de normas inferiores à Constituição), edifica-se.

Conclui-se, portanto, que o cotejo das normas em conflito, sem que se leve em consideração a posição hierárquica que tais normas ocupam no ordenamento, não consubstancia técnica adequada de solução das antinomias em tela.

9.2. A teoria da força supraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos

Essa teoria, como visto, não foi consagrada no direito brasileiro, notadamente porque, como bem afirmado pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto no Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP, sua adoção implicaria a inviabilidade do controle de constitucionalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos.

E se é certo que há autores, como Celso D. Albuquerque Mello, que veem tal impossibilidade como um aspecto positivo de tal teoria, não resta dúvida de que, à luz de um ordenamento jurídico que, como o brasileiro, consagra a supremacia formal e material da Constituição, sua adoção afigura-se inviabilizada.

Outrossim, esse entendimento jamais foi acatado pela jurisprudência, não tendo efetiva relevância prática, em especial se comparado às demais correntes de pensamento, que, como já visto, marcaram presença de modo mais marcante, ora na doutrina, ora na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quando não em ambas.

9.3. A teoria do *status* constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos

Como visto, é a teoria que maior consagração encontrou no campo doutrinário, embora a jurisprudência jamais a tenha acolhido, ao menos até o

presente momento. Convém lembrar, no entanto, que o Ministro Celso de Mello, no voto proferido no Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP, acenou para a aceitação dessa tese, que poderá, no futuro, vir a ser acolhida pelo Supremo Tribunal Federal.

Contudo, seja pelas premissas de que parte, seja pelas consequências que acarreta, a teoria da força constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos não parecia ser a mais adequada à realidade brasileira, ao menos até a inserção do § 3º no art. 5º da Constituição Federal, por força da Emenda Constitucional n. 45/2004.²⁶⁸

Em primeiro lugar, a criação da dicotomia ontológica entre tratados internacionais de direitos humanos e tratados internacionais sobre outros temas, a ensejar processos distintos de incorporação, não encontra, na Constituição Federal (que, repita-se, é lacônica e omissa em relação ao tema), amparo expresso.

A conclusão de que a Constituição passou a admitir a possibilidade de haver uma distinção hierárquica implícita (ou seja, que dispensa o rito especial previsto no § 3º) entre tratados de direitos humanos e tratados “comuns”, por decorrência da cláusula de abertura do § 2º, esbarra não apenas no silêncio constitucional que infirma tal presunção, mas também em aspectos práticos.²⁶⁹

Com efeito, cite-se, à guisa de exemplo, a Opinião Consultiva n. 16/1999, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que, ao analisar a Convenção de Viena sobre Relações Consulares (que, à toda evidência, *não* é um tratado internacional de direitos humanos), se manifestou nos seguintes termos:

80. Da leitura conjunta dos textos citados, depreende-se que a Convenção de Viena sobre as Relações Consulares reconhece, como uma função primordial do funcionário consular, a atribuição de assistência ao nacional do Estado remetente, na defesa de seus direitos perante as autoridades do Estado receptor. Neste âmbito, a Corte estima que a norma que consagra a comunicação consular

²⁶⁸ Ainda que, como explicitado adiante, atualmente, o reconhecimento de um *status* equivalente ao de normas constitucionais para os tratados internalizados posteriormente à inserção do § 3º ao art. 5º (desde que se lhe reconheça um caráter de cogência) leve à necessidade de atribuição de *status* similar aos tratados anteriores, há de se observar que os argumentos defendidos pela corrente doutrinária ora em análise tomam por fundamento única e exclusivamente a norma do § 2º, a qual, como se verá, é insuficiente para fundamentar a atribuição do aludido *status* a tais tratados.

²⁶⁹ Essa parece ter sido a intenção do legislador constituinte reformador. Contudo, talvez a exegese *pretendida* pelo constituinte não se revele a mais adequada, dentre as possíveis.

tem um duplo propósito: reconhecer o direito dos Estados em assistir aos seus nacionais, através das atuações do funcionário consular e, paralelamente, reconhecer o direito correlato que tem o nacional do Estado remetente de acessar o funcionário consular com a finalidade de procurar a referida assistência.

[...]

84. Portanto, a Corte conclui que o artigo 36 da Convenção de Viena sobre as Relações Consulares reconhece ao estrangeiro detido os direitos individuais correspondentes aos deveres correlatos a cargo do Estado receptor. Esta interpretação é confirmada pela história legislativa do citado artigo. Desta, depreende-se que, mesmo quando desde o início alguns Estados consideraram que era inadequado incluir formulações quanto aos direitos que assistiam aos nacionais do Estado remetente, no final estimou-se que não existia nenhum obstáculo para reconhecer os direitos ao indivíduo, no referido instrumento.

Conclui-se, à luz de tais excertos, que um direito fundamental foi reconhecido no bojo de um tratado internacional “comum”, que, a prevalecer a teoria em exame, haveria de ser recepcionado na ordem interna brasileira por meio de “incorporação legislativa”, e não por “incorporação automática”.

Esse exemplo concreto evidencia que a abordagem dicotômica pode levar a impasses concretos insuperáveis.

É certo que o § 3º, sob determinada ótica, favorece o acolhimento dessa dicotomia. Nesse sentido, Patrícia Cobianchi Figueiredo afirma que

o advento de tal disposição trouxe uma patente contribuição, pois reconheceu a distinção entre os tratados de direitos humanos e os demais tratados e que, por isso mesmo, devem receber um *status* diferenciado, diga-se, superior às demais normas jurídicas.²⁷⁰

No entanto, o recebimento do tratado por meio de *quorum* qualificado não implica, *de per se*, uma *apriorística* distinção ontológica entre as duas espécies de tratados, mormente porque, para grande parte da doutrina, a submissão dos tratados ao procedimento especial constitui uma *faculdade* do poder público, e não uma obrigação. Ora, a se admitir a tese de que mesmo tratados internacionais de

²⁷⁰ FIGUEIREDO, Patrícia Cobianchi. “Hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro antes e após a Emenda Constitucional 45 de dezembro de 2004”. In: PIOVESAN, Flávia e IKAWA, Daniela (coords). *Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação. Perspectivas e desafios contemporâneos*, p. 202.

direitos humanos *podem* ingressar no ordenamento jurídico brasileiro sem passar pelo rito especial do § 3º, impõe-se a conclusão de que estes *poderão* ter *status* diferenciado – logo, também poderão não tê-lo.²⁷¹

Há de se observar, ainda, que a interpretação dada por essa corrente aos §§ 2º e 3º da Constituição Federal nulifica a existência deste último.

Com efeito, se pela cláusula de abertura prevista na parte final do § 2º, os tratados internacionais de direitos humanos já gozam de *status* hierárquico equivalente ao das normas constitucionais, a inclusão dos tratados no chamado bloco de constitucionalidade já bastaria que estes passassem a servir de parâmetro para o controle de constitucionalidade, bem como para que se “petreficassem” pela via do § 4º do art. 60.

A assim ser, a “constitucionalização formal” propugnada seria irrelevante, tornando o § 3º norma ociosa. Vale dizer, implicaria a aceitação do argumento de que o aludido parágrafo foi inserido à toa no art. 5º, já que sua presença ou ausência acarretariam a mesma consequência. Evidentemente, tal entendimento não pode ser acatado.

Além disso, a interpretação do § 2º feita por essa corrente, até o advento da EC n. 45/2004, era *uma das possíveis interpretações*. Como apontado anteriormente, a redação do § 2º é extremamente lacônica e imperfeita, abrindo espaço a diversas possibilidades hermenêuticas. Ocorre que, após a inserção do § 3º, tal interpretação não mais se afigura possível, sob pena de se inutilizar tal norma. Daí a constatação de que os defensores dessa corrente, após a alteração constitucional, redobram seus esforços argumentativos, sem, no entanto, chegar a qualquer resultado que não implique a absoluta desconsideração do § 3º.

Vale lembrar que, como visto por ocasião da análise do direito comparado, diversas Constituições abordaram especificamente a questão da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, *algo que o § 2º do art. 5º da*

²⁷¹ Esta, como afirmado anteriormente, parece ter sido a intenção do legislador constituinte reformador. É, também, a posição de parcela significativa da doutrina. Contudo, a se partir de uma interpretação segundo a qual o rito previsto no § 3º é obrigatório e não facultativo, novas consequências – analisadas adiante – e possibilidades interpretativas se revelam.

Constituição brasileira indiscutivelmente não faz. A questão hierárquica simplesmente não é abordada em tal dispositivo, sendo oriunda de uma construção interpretativa que, à luz do § 3º, não mais se sustenta.

Diga-se por oportuno, assiste razão ao Ministro Gilmar Mendes quando afirma, em seu voto proferido no RE n. 466.343-1/SP, que a inclusão do § 3º está a indicar que, para o legislador constitucional reformador, os tratados internacionais de direitos humanos *não tinham* hierarquia similar à das normas constitucionais. Do contrário, o aludido parágrafo não teria sido inserido no texto constitucional.

Some-se a isso o fato de que as outras correntes interpretativas analisadas tinham, dada a vaguidade do dispositivo, tanto potencial de aplicabilidade quanto a corrente do “bloco de constitucionalidade”.

Também não há como aceitar o argumento de que a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos deflui da existência do § 2º do art. 5º da Constituição, sendo o § 3º, como afirma Celso Lafer,²⁷² apenas uma norma interpretativa, apta a validar o entendimento anterior à sua inserção no texto constitucional. Em primeiro lugar, porque a estrutura da norma em questão nada tem de interpretativa. Em segundo lugar, porque, se efetivamente pudesse ser assim considerada, a interpretação dela resultante militaria justamente no sentido contrário à tese do bloco de constitucionalidade.

Outras dificuldades exsurtem da adoção de tal entendimento.

Ingo Wolfgang Sarlet, que defende a teoria do “bloco de constitucionalidade”, reconhece, no entanto, a dificuldade de se atribuir, aos tratados anteriores ao ingresso do § 3º do art. 5º na ordem jurídica (mormente com base na teoria da recepção), hierarquia constitucional:

Em primeiro lugar, convém destacar que é pelo menos questionável o entendimento – por mais sedutor que seja – de que por força da EC 45 todos os tratados em matéria de direitos humanos já incorporados ao sistema jurídico brasileiro possam ser considerados como equivalentes às emendas constitucionais, já que não há como aplicar neste caso o argumento da recepção quando

²⁷² LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais*, p. 16.

se trata de procedimentos legislativos distintos, ainda que haja compatibilidade material, como se fosse possível transmutar um decreto legislativo aprovado pela maioria simples do Congresso Nacional em emenda constitucional que exige uma maioria reforçada de três quintos dos votos, sem considerar os demais limites formais das emendas à Constituição. Em sentido diverso, contudo, há quem defenda, fundado em respeitável doutrina, a recepção dos tratados anteriores – naquilo que efetivamente versam sobre direitos humanos (no sentido de bens jurídicos indispensáveis à natureza humana ou à convivência social) – como se tivessem sido incorporados pelo rito mais rigoroso das emendas constitucionais, assegurando-lhes a respectiva supremacia normativa, no âmbito do que se costuma designar de recepção material.

Tal entendimento [...] dificilmente se revela como sustentável, considerando a incompatibilidade total de rito (e natureza) dos decretos legislativos e das emendas constitucionais. A comparação entre lei ordinária e lei complementar – ainda que pressuponha diferença de rito e *quorum* de aprovação distinto – não pode ser, salvo melhor juízo, transposta automaticamente para os decretos legislativos e emendas constitucionais, já que tanto os decretos quanto as emendas não cumprem a mesma função das leis (ordinárias e complementares), isso sem falar na hierarquia constitucional das emendas, que passam a integrar a Constituição, o que não ocorre com as leis.²⁷³

A adoção da teoria do bloco de constitucionalidade resta dificultada também diante da possibilidade de denúncia dos tratados internacionais de direitos humanos por parte do Poder Executivo federal, caso tais tratados não ingressem no ordenamento jurídico brasileiro pelo rito previsto no § 3º do art. 5º da Constituição Federal.

Como já visto, a denúncia do tratado independe de atuação do Poder Legislativo (ao contrário do que ocorre com sua incorporação). Acerca da possibilidade de denúncia, afirma Flávia Piovesan:

Ainda que todos os tratados de direitos humanos sejam recepcionados em grau constitucional, por veicularem matéria e conteúdo essencialmente constitucional, importa ressaltar a diversidade de regimes jurídicos que se aplica aos tratados apenas

²⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. “A reforma do Judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: observações sobre o § 3º do art. 5º da Constituição”. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais*, p. 59-60.

materialmente constitucionais e aos tratados que, além de materialmente constitucionais, também são formalmente constitucionais. E a diversidade de regimes jurídicos atém-se à denúncia, que é o ato unilateral pelo qual um Estado se retira de um tratado. Enquanto os tratados materialmente constitucionais podem ser suscetíveis de denúncia, os tratados material e formalmente constitucionais, por sua vez, não podem ser denunciados.

Ao se admitir a natureza constitucional de todos os tratados de direitos humanos, há que se ressaltar que os direitos constantes nos tratados internacionais, como os demais direitos e garantias individuais consagrados pela Constituição, constituem cláusula pétrea e não podem ser abolidos por meio de emenda à Constituição, nos termos do art. 60, § 4º. [...] Os direitos enunciados em tratados internacionais em que o Brasil seja parte ficam resguardados pela cláusula pétrea “direitos e garantias individuais”, prevista no art. 60, § 4º, IV, da Carta.

Entretanto, embora os direitos internacionais sejam alcançados pelo art. 60, § 4º, e não possam ser eliminados via emenda constitucional, os tratados internacionais de direitos humanos materialmente constitucionais são suscetíveis de denúncia por parte do Estado.²⁷⁴

Ora, é no mínimo estranho que uma norma jurídica detenha *status* constitucional e seja considerada cláusula pétrea, sendo inviável sua eliminação mesmo por Emenda Constitucional, cujo procedimento é o mais rigoroso dentre aqueles previstos na Constituição, e seja, ao mesmo tempo, eliminável por um único ato, de ampla discricionariedade, do Chefe do Executivo federal.

A questão da necessidade de referendo congressional está sendo enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.625, ainda pendente de julgamento, em que se contesta a validade do Decreto Presidencial n. 2.100/1996, que denunciou, sem referendo do Congresso Nacional, a Convenção Internacional n. 148 da OIT.

Carlos Thompson Costa Fernandes, por seu turno, sustenta que “até mesmo tratado que não tenha sido internalizado no rito do artigo acima citado deve ser submetido à vontade congressional, para efeito de denúncia, conforme prescreve o art. 49, I, do texto constitucional, ao atribuir ao Congresso Nacional a competência

²⁷⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 79-80.

para “resolver definitivamente sobre tratados”.²⁷⁵ Curioso é notar que tal posição é defendida por autor que sustenta que, sem passar pelo rito do § 3º, os tratados internacionais de direitos humanos terão *status* hierárquico equivalente ao de lei ordinária.²⁷⁶

De qualquer forma, é imperioso reconhecer que a inserção do § 3º ao art. 5º da Constituição Federal fragilizou sobremaneira a tese segundo a qual os tratados internacionais de direitos humanos ostentam hierarquia constitucional por força do § 2º do mesmo artigo. Adotar tal entendimento, com efeito, implicaria, em última análise, negar vigência ao novo parágrafo.

9.4. A teoria da hierarquia supralegal, mas infraconstitucional, dos tratados internacionais de direitos humanos

Esta foi, como visto, a teoria adotada pelo Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP, em 03 de dezembro de 2008, consubstanciando mudança do paradigma adotado pela Corte desde 1977, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004/SE.

A mudança de paradigma, conquanto tenha representado um avanço no que concerne à proteção dos direitos humanos, não deixou de receber duras críticas da doutrina.

Elival da Silva Ramos, nesse tocante, afirma:

A despeito do esmerado rigor técnico-jurídico da jurisprudência do STF sobre celebração, incorporação e posicionamento hierárquico dos tratados internacionais no sistema jurídico brasileira, dela transparecia o grande desconforto de

²⁷⁵ FERNANDES, Carlos Thompson Costa. “Os tratados e convenções de direitos humanos e o § 3º do artigo 5º da Constituição da República”. In: MOURA, Lenice S. Moreira de. *O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides*, p. 196.

²⁷⁶ Idem, *ibidem*, p. 196.

Ministros com a situação dos devedores fiduciários inadimplentes [...].

[...]

Sem embargo da qualificação jurídica dos atuais integrantes de nosso mais alto Tribunal, não posso deixar de lastimar que para se obter resultado correto, que a consciência ético-jurídica do País impunha, qual seja, a eliminação das graves consequências da equiparação entre o devedor fiduciário e o depositário infiel (art. 4º do DL n. 911/69), esteja o STF prestes a abandonar construção jurisprudencial impecável, no tocante ao *status* hierárquico dos tratados internacionais (em geral) incorporados ao direito nacional. Para tanto, ou se pretende, com elevada dose de voluntarismo, afirmar o posicionamento infraconstitucional, porém supralegal, dos tratados sobre direitos humanos anteriores à EC n. 45/04, ou, o que é mais grave, se propõe o reconhecimento da estatura constitucional (derivada) dessas convenções. [...]

Com melhores razões, e sem comprometer a solidez e coerência de sua conspícua jurisprudência sobre o tema, deveria o STF, na linha dos votos vencidos no HC n. 72.131/RJ, simplesmente, ter considerado incompatível com a CF/88 a equiparação efetuada pelo Decreto-Lei n. 911/69 da alienação fiduciária em garantia ao contrato de depósito, para efeito do exercício de maior coerção sobre o devedor fiduciário, recalitrante na entrega do bem alienado.²⁷⁷

Carlos Thompson Costa Fernandes, por sua vez, observa que esse entendimento, exarado pelo Supremo Tribunal Federal,

desprestigia completamente a regra trazida pelo § 3º do art. 5º da Constituição Federal, na medida em que possibilita a outorga de hierarquia normativa diversa aos tratados dos direitos humanos daquela encampada pela Norma Suprema, e à margem de qualquer intervenção legislativa.

Acrescenta, ainda, que “se o legislador constituinte tivesse demonstrado essa pretensão, não teria regulado o § 3º da forma como o disciplinou. Teria dado tratamento idêntico ao conferido, por exemplo, pela Constituição germânica”.²⁷⁸

²⁷⁷ RAMOS, Elival da Silva. “Os tratados sobre direitos humanos no direito constitucional brasileiro pós-Emenda Constitucional 45/04”. In: AMARAL Jr., Alberto do e JUBILUT, Liliana Lyra (orgs.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*, p. 181-4.

²⁷⁸ FERNANDES, Carlos Thompson Costa. *Os tratados e convenções de direitos humanos e o § 3º do art. 5º da Constituição da República*. In: MOURA, Lenice S. Moreira de. *O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides*, p. 196.

A par da aceitação teórica dessa tese – que, como observam os autores mencionados, não encontra esteio na gramática constitucional – acresce observar que, no plano prático, a aplicação da teoria à realidade brasileira, por iniciativa do Supremo Tribunal Federal, levou a impasses insuperáveis.

Com efeito, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP, o STF consolidou o entendimento de que o Pacto de São José da Costa Rica tem natureza hierarquicamente superior ao Decreto-lei n. 911/69, cujo art. 4º viabiliza ação de depósito com pedido de prisão civil contra o depositário infiel, nas hipóteses de alienação fiduciária.

Decidiu a Corte na ocasião – acertadamente – que o contrato de depósito em questão não se revestia das típicas características do instituto, aproximando-se antes de uma ficção jurídica voltada à defesa dos interesses de grandes corporações financeiras. Sob tal ótica, e à toda evidência, não se configuraria a possibilidade da prisão civil, pois a situação fática não se amoldaria à hipótese prevista no inciso LXVII do art. 5º da Constituição.

Corretíssimo o raciocínio, quando aplicado às hipóteses de depositário infiel em face de contrato de alienação fiduciária. Contudo, a jurisprudência que se seguiu a tal julgamento não se restringiu apenas a essa hipótese, abarcando toda e qualquer possibilidade de prisão civil de depositário infiel.

O equívoco perpetrou-se, cumulando na aprovação, em 16 de dezembro de 2009, da Proposta de Súmula Vinculante n. 31 (convertida na Súmula Vinculante n. 25), que tem a seguinte redação: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.

A aplicação da Súmula em questão à realidade concreta contraria frontalmente o entendimento que o próprio Supremo espousa sobre o tema, uma vez que, de forma implícita, atribui ao art. 7º, n. 7, do Pacto de São José da Costa Rica, hierarquia superior à que possui o inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal.

Não bastasse o equívoco inicial – de estender a todo e qualquer depositário infiel os efeitos de uma decisão inicialmente relativa apenas a contratos de alienação fiduciária – que, em última análise, implica frontal violação ao princípio da

igualdade (uma vez que trata igualmente situações desiguais) e que, *de per si*, já seria passível de severas críticas, a aprovação da Súmula Vinculante n. 25 consubstancia o coroamento desse equívoco, na medida em que “engessa” a atuação de qualquer Magistrado ou Tribunal que entenda que, não se tratando de contrato de alienação fiduciária, a Constituição Federal deve prevalecer sobre o Pacto de São José da Costa Rica.

Mais grave é a constatação de que o Supremo Tribunal Federal não atentou para o teor de seus próprios argumentos na construção do novo paradigma acerca da hierarquia normativa dos tratados de direitos humanos, criando a apontada inconsistência. Se esta será percebida, e, caso o seja, se haverá disposição – por parte do próprio STF – para corrigir o equívoco; e finalmente, quais serão as consequências para o futuro de um eventual reconhecimento desse erro, são questões que apenas o tempo poderá responder.

Ora, a interpretação jurídica tem por objeto a realidade, e não fornecer subsídios para discussões acadêmicas sem maior interesse concreto. A conclusão lógica a que se chega é a de que a decisão judicial, como resultado da interpretação jurídica, não pode fazer sentido apenas no papel; deve fazer sentido também perante a realidade concreta. Por conseguinte, os juízes têm o dever de atentar para as consequências de suas decisões. Como afirma Neil Mac Cormick:²⁷⁹

Há bons motivos para supor que os juízes deveriam examinar e avaliar as consequências de várias deliberações alternativas que lhes estivessem disponíveis em casos que envolvessem o “problema de pertinência”, de “interpretação” ou de “classificação”.

Esclarece ainda o mesmo autor:²⁸⁰

Um sistema jurídico não é uma ciência natural, e sob aspectos importantes, é fundamentalmente diferente. No entanto, do ponto de vista da lógica da justificação, existem dois pontos de

²⁷⁹ MAC CORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*, p. 165.

²⁸⁰ Idem, p. 131.

contato: as decisões jurídicas tratam do “mundo real”, da mesma forma que as hipóteses científicas; e o fazem não num vazio, mas no contexto de toda uma estrutura de “conhecimento” – nesse caso, todo o corpo do sistema de direito normativo, em vez de um corpo de teoria descritiva e explanatória.

Em termos simples, as decisões jurídicas devem fazer sentido no mundo e devem também fazer sentido no contexto do sistema jurídico.

A análise atenta da decisão que levou à aprovação da Súmula Vinculante n. 25 deixa claro que o Pretório Excelso não atentou para as consequências concretas de sua decisão e, por conseguinte, acabou por negar vigência à norma constitucional que autoriza a prisão do depositário infiel.

É certo que, à primeira vista, a decisão que reconhece a natureza “supralegal” aos tratados internacionais de direitos humanos não atingiria, aparentemente, a norma constitucional. Contudo, a norma constitucional se limita a autorizar a prisão do depositário infiel, sem elencar seus requisitos. Uma vez que estes sempre estiveram previstos na legislação infraconstitucional, a aplicabilidade da norma constitucional resta inviabilizada.

Poder-se-ia argumentar que tal situação se resolveria por emenda constitucional que incluísse na própria Constituição os requisitos, limites temporais da pena etc. O raciocínio, à primeira vista, parece correto. Mas é justamente nesse ponto que a realidade – desconsiderada pelo STF na decisão – o inviabiliza.

Em uma série de decisões (citem-se, apenas à guisa de exemplo, as ADIns ns. 3.105-8/DF e 3.128-7/DF, e o MS n. 24.875-1/DF, dentre inúmeras outras), o Supremo já reconheceu a aplicabilidade do princípio da vedação do retrocesso social.

Isso significa que o próprio STF já consolidou o entendimento de que, uma vez que um direito fundamental alcança um determinado patamar, não se pode “retroceder” para o patamar anterior.

Ora, se com o reconhecimento da tese da “supralegalidade” dos tratados internacionais de direitos humanos e a edição da Súmula Vinculante n. 25, o STF, *embora tendo em vista a legislação infraconstitucional*, reconheceu a ilegalidade da prisão civil de todo e qualquer depositário infiel, a alteração do texto constitucional

para que nele constassem os requisitos necessários à implantação de tal modalidade de custódia implicaria um inequívoco retrocesso.

A assim ser, o argumento invocado pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP, no sentido de que o teor dos tratados inviabilizaria apenas a legislação infraconstitucional, mas não a Constituição, não tem como prevalecer.

Desse modo, impõe-se concluir que o Supremo Tribunal Federal, por não ter atentado para as consequências de sua decisão, acabou por determinar que a legislação infraconstitucional (pois é esta a natureza que atribui aos tratados internacionais de direitos humanos, como visto) negasse vigência a dispositivo constitucional, deitando por terra a “força normativa da Constituição” pela qual tanto lutou.

O exemplo exposto deixa claro, portanto, que uma decisão judicial que não leve em conta as consequências concretas do que foi decidido, uma decisão que, nas palavras de Mac Cormick, aparentemente faz sentido no sistema jurídico, mas não faz sentido no mundo, consubstancia gravíssimo equívoco interpretativo, de nefastas repercussões para a realidade concreta. Tratando de decisão proferida em Corte Constitucional, desnecessário observar que tais repercussões se afiguram ainda mais graves.

Procedente, nesse sentido, a crítica doutrinária que aponta a falta de técnica, oriunda talvez do excesso de voluntarismo que norteou a decisão paradigmática, a caracterizar o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, e como bem observado por Elival da Silva Ramos, teria sido mais conformada ao texto constitucional uma decisão que, sem necessitar investigar a natureza dos tratados internacionais de direitos humanos perante a ordem jurídica brasileira, simplesmente decidisse que o art. 4º do Decreto-lei n. 911/69 não fora recepcionado pela Constituição Federal de 1988, por ocasião de sua promulgação.

9.5. A teoria da equivalência hierárquica entre tratados internacionais de direitos humanos e leis ordinárias

Finalmente, resta analisar a teoria segundo a qual os tratados internacionais de direitos humanos teriam *status* equivalente ao das leis ordinárias, a não ser nos casos em que sua aprovação seguisse o rito previsto no § 3º do art. 5º da Constituição, assumindo, assim, grau hierárquico equivalente ao das emendas constitucionais.

Essa posição foi, como visto, acolhida pelo Supremo Tribunal Federal por mais de três décadas, desde o julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004/SE, sendo substituída, no âmbito pretoriano, pela tese da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, a partir do julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP.

A teoria, sem dúvida, é a que melhor se amolda a uma leitura estrita e positivista do texto constitucional. Ainda assim, não se afigura imune a críticas.

No campo axiológico, tal entendimento contraria todo o sentido evolutivo da proteção dos direitos humanos, na medida em que fragiliza os dispositivos de tratados que contêm compromissos de ordem internacional. Significa, em última análise, que ainda que o Brasil tenha assumido um compromisso perante a comunidade internacional, o legislador pátrio pode inviabilizar o cumprimento de compromissos de tal natureza, com a simples promulgação de uma lei ordinária.

Mais do que isso, pode dar ensejo a graves contradições sistêmicas, tornando o aparato de proteção dos direitos humanos inconsistente e, por corolário, frágil.

Assim é que, ao se reconhecer que apenas os tratados internacionais de direitos humanos votados pelo rito especial do § 3º do art. 5º da Constituição teriam hierarquia equivalente à das normas constitucionais, tendo os demais, inclusive aqueles anteriores à Emenda Constitucional n. 45/2004, *status* equiparado ao de lei ordinária, estar-se-ia a admitir que diplomas que viessem a complementar tratados

já existentes (com *status* de lei ordinária) pudessem ingressar na ordem jurídica brasileira com força constitucional.

Dessa forma, um tratado “principal” (a Convenção Americana, por exemplo) teria força de lei ordinária, mas um eventual Protocolo, que apenas o complementasse, teria *status* constitucional. A inconsistência que norteia tal raciocínio é gritante, e poderia levar a consequências práticas indesejadas.

Argumento similar é desenvolvido por Flávia Piovesan:

Não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos já ratificados fossem recepcionados como lei federal, enquanto os demais adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude de seu *quorum* de aprovação. A título de exemplo, destaque-se que o Brasil é parte do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais desde 1992. Por hipótese, se vier a ratificar – como se espera – o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela ONU, em 10 de dezembro de 2008, não haveria qualquer razoabilidade a se conferir a este último – um tratado complementar e subsidiário ao principal – hierarquia constitucional e ao instrumento principal, hierarquia meramente legal. Tal situação importaria um anacronismo do sistema jurídico, afrontando, ainda, a teoria geral da recepção acolhida no direito brasileiro.²⁸¹

Vale lembrar que, ainda de acordo com o entendimento da citada autora, seria mesmo possível, nessa hipótese, a denúncia daquele, mas não a deste. Levada a hipótese ao paroxismo, a denúncia de um eventual tratado com força de lei ordinária poderia resultar na paralisação de outro, com *status* equivalente ao de norma constitucional e, por conseguinte, elevado à condição de cláusula pétrea.

Ademais, a adoção de tal corrente doutrinária implica o grave inconveniente de se admitir a existência de tratados internacionais de direitos humanos com hierarquias distintas, dentro de um mesmo ordenamento jurídico – o que, se não chega a constituir uma inconstitucionalidade, nem uma ilegalidade, indiscutivelmente traduz uma ilogicidade sistêmica e uma ameaça, ao menos potencial, à segurança jurídica e à integridade e coerência interna do ordenamento.

²⁸¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 72-3.

Em suma, a despeito da alegada (por alguns autores) superioridade técnica de tal corrente de pensamento em relação às demais, uma reflexão atenta sobre seus postulados principais revela que, assim como as outras, esta também apresenta falhas que lhe maculam o rigor científico e, por corolário, impedem seu acolhimento, ao menos sem que haja uma boa dose de crítica a seus fundamentos.

9.6. Uma possível solução – o reconhecimento da cogência do procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição Federal

Do exposto, constata-se que a doutrina e a jurisprudência que se debruçam sobre o tema apresentam, em regra, soluções incapazes de resolver os sérios problemas que a quadra atual de desenvolvimento da internacionalização da proteção aos direitos humanos apresenta.

A responsabilidade por tal situação, contudo, não há de recair sobre a doutrina ou a jurisprudência, as quais, diante do quadro possível, desdobram-se em esforços hermenêuticos à procura de um eixo de coerência no sistema, e sim sobre o legislador constituinte, que, por ocasião da promulgação da Constituição, trouxe a lume um sistema (no que concerne ao objeto do presente estudo) falho, lacunoso e imperfeito, que dá espaço a inúmeras teorias – mas não admite a adoção indiscriminada e integral de qualquer delas.

Sem a pretensão de solucionar em definitivo um dilema que nem a doutrina nem a jurisprudência foram capazes de superar a contento, parece admissível, no entanto, sugerir uma proposta de solução, que, a par de, como as demais, ostentar imperfeições, afigura-se potencialmente apta a dar, dentro do possível, uma resposta adequada ao problema da internalização, pelo direito brasileiro, dos tratados internacionais de direitos humanos.

Tal solução consiste, em síntese, em reconhecer, na norma insculpida no § 3º do art. 5º da Constituição Federal, uma *cogência* para os Poderes Executivo e Legislativo brasileiros, por ocasião da adesão a *qualquer* tratado internacional de proteção aos direitos humanos.

A doutrina, como visto, divide-se acerca da obrigatoriedade ou não de respeito ao rito previsto no aludido parágrafo.

Para Carlos Thompson Costa Fernandes, inexistiria tal compulsoriedade, uma vez que

a regra inserta no § 3º do art. 5º do Texto Magno enfatiza que a natureza constitucional desses tratados ou convenções dependerá exclusivamente de um juízo discricionário do Congresso Nacional, que pode ou não aprová-los com *quorum* qualificado e em votação em dois turnos em cada uma de suas Casas, conferindo-lhes hierarquia idêntica às emendas constitucionais. Sem dúvida, prestigiou-se a discricionariedade legislativa.²⁸²

Valerio Mazzuoli²⁸³ e Ingo Wolfgang Sarlet, por outro lado, sustentam a compulsoriedade do rito, destacando-se as seguintes considerações deste último:

Outro aspecto digno de nota – e vinculado ao problema da alegada inconstitucionalidade da inovação – diz respeito ao caráter compulsório ou facultativo da adoção do procedimento mais rigoroso das emendas constitucionais, especialmente em face da redação do dispositivo (“os tratados que forem incorporados...”), que, no mínimo, dá ensejo a tal dúvida e sustenta a adoção do entendimento que a incorporação mediante o procedimento das emendas poderia ser opcional. Tal argumento assume ainda maior relevo em se considerando que – sob o ponto de vista da forma – a incorporação dos tratados em matéria de direitos humanos – consoante já apontado – se tornou mais dificultada, o que, em princípio, poderia ser considerado como contraditório, considerando a abertura material consagrada no art. 5º, § 2º, e o princípio (fundamental) da prevalência dos direitos humanos no plano das relações internacionais do Brasil estabelecido no art. 4º da nossa Lei Fundamental.

Com relação a este aspecto, parece-nos que há sim pelo menos espaço para uma interpretação teleológica e sistemática em prol da compulsoriedade do procedimento reforçado das emendas constitucionais. Com efeito, tendo em mente que a introdução do novo § 3º teve por objetivo (ao menos, cuida-se da interpretação mais afinada com a *ratio* e o *telos* do § 2º) resolver – ainda que remanescentes alguns problemas – de modo substancial o problema da controvérsia sobre a hierarquia dos tratados em matéria de direitos humanos, antes incorporados por Decreto

²⁸² FERNANDES, Carlos Thompson Costa. “Os tratados e convenções de direitos humanos e o § 3º do artigo 5º da Constituição da República”. In: MOURA, Lenice S. Moreira de. *O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides*, p. 194.

²⁸³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. “O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia”. In: *Revista de Informação Legislativa*, n 167 (julho/setembro 2005), p. 104.

Legislativo e assegurar aos direitos neles consagrados um *status* jurídico diferenciado, compatível com sua fundamentalidade, poder-se-á sustentar que, a partir da promulgação da EC 45, a incorporação destes tratados deverá ocorrer pelo processo mais rigoroso das reformas constitucionais. Quanto à objeção de que com isso se estaria a dificultar a internalização dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos (lembre-se que há os que sustentam até mesmo a dispensa de qualquer ato formal de incorporação para além da ratificação) há como revidar com o argumento de que, além de assegurar aos direitos dos tratados pelo menos uma hierarquia constitucional equivalente às normas constitucionais do tipo derivado (para usar a terminologia mais habitual) resta enrobustecida a legitimação democrática desses direitos, o que, por sua vez, concorre para sua maior força normativa – indispensável também para reforçar a posição do nosso país em face da comunidade internacional.

Atribuir ao § 3º do art. 5º da Constituição o caráter de obrigatoriedade para o ingresso de tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro pode parecer, à primeira vista, entendimento que fragiliza a proteção de tais direitos na ordem brasileira. Contudo, como bem observa Sarlet, se analisado tal dispositivo à luz da intenção do legislador constituinte – que, obviamente, tinha por escopo robustecer, e não enfraquecer, tal proteção – e em cotejo com os §§ 1º e 2º desse mesmo art. 5º, tal exegese atribuiria a maior compatibilidade possível – dentre as teorias até agora examinadas – entre os três dispositivos. Além disso, passada a fase de internalização, é indiscutível que os direitos previstos em tais tratados encontrariam maior proteção jurídica, na medida em que restariam equiparados às emendas constitucionais.

É certo que a leitura isolada do § 3º, se *permite* tal interpretação, leva a crer, por outro lado, que não era esta a inteligência que o legislador pretendia decorrente da dicção da norma. Com efeito, desencaixado de seu contexto, o parágrafo em questão indicaria ser mais condizente com a intenção legislativa a opção pela discricionariedade.

Ocorre que a adoção da discricionariedade legislativa leva a toda a problemática até aqui exposta, sem vislumbre de solução. Por outro lado, a leitura de tal dispositivo *à luz dos dois primeiros parágrafos do artigo 5º* autoriza uma hermenêutica que atribua ao rito nele contido o caráter da obrigatoriedade.

A adoção desse entendimento leva, ainda, à superação de uma discussão que, conquanto não mais se encontre em debate no âmbito jurisprudencial, ainda tem bastante relevo na esfera doutrinária, a saber, a dúvida acerca dos procedimentos de incorporação dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos na ordem jurídica brasileira.

Como visto anteriormente, a doutrina divide-se acerca da existência ou não de dois procedimentos distintos de ingresso de tratados internacionais na ordem jurídica brasileira. Parte da doutrina defende que a natureza de tais tratados levaria ao que Flávia Piovesan denomina “incorporação automática”, enquanto os demais tratados ingressariam no sistema brasileiro pelo método da “incorporação legislativa”; outra parte da doutrina entende que a inexistência de determinação legal expressa nesse sentido implica paridade de procedimentos para ambas as espécies de tratados.

Também já se observou que o Supremo Tribunal Federal não acolheu tal distinção entre “incorporação automática” e “incorporação legislativa”, consolidando seu entendimento nesse sentido quando do julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.480-3/DF, em 04 de setembro de 1997,²⁸⁴ portanto, após a entrada em vigor da Constituição de 1988.

Na aludida Medida Cautelar, discutiu-se a constitucionalidade do Decreto Legislativo n. 68/92 e do Decreto n. 1.855/96 que incorporaram ao direito interno brasileiro a Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho. Ao proferir tal decisão, que tinha por objeto direitos trabalhistas (portanto, direitos humanos de segunda dimensão), o Pretório Excelso expressamente rejeitou a tese segundo a qual os tratados internacionais de direitos humanos ingressariam na ordem jurídica interna brasileira por procedimento distinto daquele aplicável aos demais tratados internacionais.

Parte da doutrina (dentre os quais podem-se citar Flávia Piovesan e Cançado Trindade) não aceitou, nem deixou de criticar, a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal no aludido julgamento.

²⁸⁴ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>. Acesso em 18.10.2010.

Se, como já visto, a decisão pacificou a questão no âmbito da jurisprudência (embora não no campo doutrinário), não se pode deixar de reconhecer que tal decisão é anterior à promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004. O acréscimo do § 3º do art. 5º ao texto constitucional, independentemente da celeuma causada e do acirramento dos debates doutrinários já existentes, indiscutivelmente acrescentou às discussões um novo elemento: pela primeira vez, o legislador constitucional efetivamente apontou para uma distinção entre os tratados internacionais de direitos humanos e aqueles que versam sobre outros temas. Como afirma Patrícia Cobianchi, “o advento de tal disposição trouxe uma patente contribuição, pois reconheceu a distinção entre os tratados de direitos humanos e os demais tratados e que, por isso mesmo, devem receber um *status* diferenciado, diga-se, superior às demais normas jurídicas”²⁸⁵.

Tal circunstância é mais do que suficiente para lançar novas luzes sobre a controvérsia acerca da forma de incorporação dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos – e, por conseguinte, eventualmente levar ao ressurgimento de uma discussão que, ao menos em sede jurisprudencial, já se encontra encerrada.

No entanto, a se reconhecer um caráter de cogência ao § 3º, a discussão acerca da forma de incorporação de tais tratados perderia o sentido e o objeto, pois o rito insculpido em tal norma, uma vez aplicado a todo e qualquer tratado internacional que verse sobre direitos humanos, tornaria tais diplomas forçosamente equiparados, em termos hierárquicos, às emendas constitucionais, num processo de internalização mais robusto.

Como afirmado anteriormente, o recebimento do tratado por meio de *quorum* qualificado não leva, por si só, ao reconhecimento de uma forçosa e apriorística distinção ontológica entre as duas espécies de tratados. Isso porque, como visto, para grande parte da doutrina, a submissão dos tratados ao procedimento especial

²⁸⁵ FIGUEIREDO, Patrícia Cobianchi. “Hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro antes e após a Emenda Constitucional 45 de dezembro de 2004”. In PIOVESAN, Flávia e IKAWA, Daniela. *Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação. Perspectivas e desafios contemporâneos*, p. 202.

constitui uma *faculdade* do poder público, e não uma obrigação. Assim, ao se admitir que tratados internacionais de direitos humanos *podem* ingressar no ordenamento jurídico brasileiro sem passar pelo rito especial do § 3º, há de se reconhecer, por corolário, que tais tratados *poderão* ter *status* diferenciado, não que o terão obrigatoriamente. Ou seja, poderão também não receber tal *status*.

No entanto, a se atribuir um caráter de obrigatoriedade ao rito diferenciado previsto no art. 5º, tal objeção desaparece, tornando-se possível reconhecer que, a partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45, a Constituição passou a reconhecer uma diferença ontológica entre os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos e os tratados que regulam outras matérias.

Isso não significa que tal reconhecimento decorra da norma prevista no § 2º, como parte da doutrina já sustentava mesmo antes da entrada em vigor do § 3º. Ao contrário, é justamente o ingresso desse no sistema jurídico que permite, numa interpretação feita à luz dos parágrafos anteriores do art. 5º, chegar a tal conclusão.

O reconhecimento de uma natureza cogente ao § 3º soluciona, ainda, a questão do risco de denúncia daqueles tratados que eventualmente ingressem no ordenamento jurídico sem a submissão ao tratamento “diferenciado”, na medida em que simplesmente *não existirão* tratados internacionais de direitos humanos que ingressem no ordenamento brasileiro sem a proteção oferecida pelo § 4º do art. 60 da Constituição. Com efeito, se todos os tratados forem obrigatoriamente aprovados pelo procedimento especial previsto em tal dispositivo, tratando-se de direitos humanos, gozarão da proteção oferecida pelo aludido dispositivo, tornando-se cláusulas pétreas.

Dois outros aparentes problemas podem surgir diante da proposta hermenêutica ora apresentada.

O primeiro problema está na natureza a ser atribuída aos tratados anteriores, aos quais a jurisprudência reconheceu *status* equivalente ao de lei ordinária – do qual decorre ainda o risco de que os tratados anteriores venham a ser denunciados, criando uma estranha situação em que o “principal” deixa de existir no ordenamento

interno e o “acessório” remanesce, ainda por cima com o *status* de emenda constitucional.

O segundo problema está nas hipóteses em que, como ocorreu com o artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares (conforme estabelecido na Opinião Consultiva n. 16/1999, da Corte Interamericana de Direitos Humanos), normas protetivas de direitos humanos ingressem no ordenamento brasileiro no bojo de tratados internacionais “comuns”, aos quais não será garantida a hierarquia constitucional.

Os problemas, no entanto, como já indicado, são apenas aparentes. À luz de uma interpretação sistemática da Constituição Federal, é possível solucioná-los.

Em relação à natureza equivalente à de lei ordinária, que o Supremo Tribunal Federal reconheceu aos tratados anteriores à decisão proferida no RE n. 466.343-1/SP, não se pode desconsiderar a observação feita pelo Ministro Gilmar Mendes quando afirma, em seu voto proferido nesse mesmo Recurso Extraordinário, que a inclusão do § 3º indica que, para o legislador constitucional reformador, os tratados internacionais de direitos humanos *não tinham* hierarquia similar à das normas constitucionais. Do contrário, o aludido parágrafo não teria sido inserido no texto constitucional.

A despeito disso, uma vez que se reconheça força cogente ao parágrafo 3º do artigo 5º, a interpretação sistemática do texto constitucional e o princípio da unidade da constituição impõem uma leitura distinta daquela que até então fora feita pelo Supremo Tribunal Federal.

Acerca do princípio da unidade da constituição, esclarece Canotilho:

O princípio da unidade da constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas. Como “ponto de orientação”, “guia de discussão” e “factor hermenêutico de decisão”, o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar (ex. princípio do Estado de Direito e princípio democrático, princípio unitário e princípio da autonomia regional e local). Daí que o intérprete deva sempre considerar as

normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios.²⁸⁶

O reconhecimento da natureza equivalente à de emenda constitucional aos tratados submetidos ao rito previsto no parágrafo 3º há de levar, forçosamente, à releitura dos tratados anteriores *dos quais os posteriores são desdobramentos e especificações*, sob pena de, como afirma Flávia Piovesan, o objeto principal se sujeitar a uma proteção mais frágil do que o acessório, o que poderia levar, em última análise, à fragilização da proteção (equivalente à proteção que as emendas constitucionais recebem) atribuída a esse acessório.

Por outro lado, ainda que o raciocínio ora exposto tome por pressuposto a relação entre “principal e acessório”, no que tange aos tratados anteriores à Emenda Constitucional nº 45 (no cotejo com os que lhe são posteriores, sempre pressupondo a obrigatoriedade do procedimento previsto no parágrafo 3º do artigo 5º), não haveria sentido em deixar os tratados anteriores que *não* tenham essa relação com os tratados novos numa espécie de vácuo normativo.

Com efeito, a se reconhecer a obrigatoriedade do rito especial previsto no § 3º do artigo 5º da Constituição, torna-se possível afirmar que, a partir do ingresso de tal norma no ordenamento jurídico brasileiro, o legislador constitucional passou a atribuir aos tratados internacionais de direitos humanos um novo *status* normativo, equiparando-os, em termos de hierarquia, às emendas constitucionais. Tal grau hierárquico recairia sobre a espécie normativa em si, o que, evidentemente, acarretaria conseqüências para os tratados anteriores à inserção da nova norma na ordem jurídica.

Desse modo, a alteração constitucional implicaria uma forçosa modificação do grau hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos, *inclusive daqueles anteriores ao ingresso da norma*, como forma de adaptação de tais diplomas normativos à ordem constitucional vigente.

²⁸⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1.123-4.

O entendimento ora defendido guarda equivalência com a alteração de *status* normativo do Código Tributário Nacional por ocasião da promulgação da Constituição Federal de 1988, como explica Sacha Calmon Navarro Coêlho:

A referência do CTN é a Constituição de 1946, emendada em sua parcela tributária pela Emenda nº 18, de 01.12.1965.

Hoje, vivemos sob a égide da Constituição de 1988, suas emendas e inúmeras leis complementares da Constituição, àquela época formalmente inexistentes. Com efeito, a CF/46 não continha em seu processo legislativo as “leis complementares”, com *quorum* qualificado de votação de metade mais um dos membros do Congresso Nacional, que é bicameral: Câmara dos Deputados e Senado Federal.

A Lei nº 5.712, de 25.10.1966, em sua ementa dispõe “sobre o sistema tributário nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios”.

Como se vê, surdiu no mundo jurídico como lei ordinária. Ocorre que, ao dispor, desde então, sobre matérias que hoje são privativas de lei complementar, tem-se por assente que é uma lei complementar *ratione materiae*. Significa que suas regras somente podem ser alteradas por outras leis complementares da Constituição.²⁸⁷

Mutatis mutandis, o mesmo raciocínio pode ser aplicado aos tratados internacionais de direitos humanos anteriores à inserção do § 3º do artigo 5º. Se o legislador constituinte reformador inseriu no texto constitucional uma nova norma, a partir da qual uma determinada espécie normativa (os tratados internacionais referentes a direitos humanos) assume um grau hierárquico similar ao das emendas constitucionais (entendimento que, repita-se, parte do pressuposto de que a aludida norma tem caráter cogente), a alteração do texto constitucional há de acarretar, forçosa e inevitavelmente, conseqüências para os diplomas normativos de mesma natureza que a antecederam.

Diante de tais circunstâncias, restaria impositivo atribuir a *todos os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional nº 45* (guardem ou não relação temática com os tratados posteriores à aludida Emenda),

²⁸⁷ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Manual de direito tributário*, p. 227.

a partir da entrada em vigor dessa Emenda, uma posição hierárquica equivalente à das emendas constitucionais.

Cumpra observar, no entanto, que o reconhecimento dessa posição hierárquica não implica o acolhimento dos argumentos invocados pelos defensores da teoria do “bloco de constitucionalidade”, que fundamentavam seu entendimento apenas e tão somente na norma contida no parágrafo 2º do artigo 5º - o que, como visto anteriormente, implicaria a total irrelevância do parágrafo 3º.

Pelo contrário, é justamente o ingresso do parágrafo 3º no artigo 5º que torna impositiva uma exegese capaz de harmonizar o texto constitucional como um todo, e em especial os parágrafos do artigo 5º. Para tanto, e para que a introdução desse parágrafo 3º consubstancie um avanço e não um retrocesso na proteção dos direitos humanos, é necessário buscar uma leitura dos dispositivos que confira coerência e unidade ao sistema constitucional, ainda que tal leitura contrarie as decisões anteriores do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria – decisões estas que, como visto ao longo do trabalho, jamais deixaram de ser questionadas pela doutrina.

Há que se reconhecer, por conseguinte, que a inserção do parágrafo 3º no artigo 5º da Constituição Federal (desde que reconhecida sua cogência) torna, por força do princípio da unidade da constituição, obrigatória uma releitura também do parágrafo 2º, o que poderá implicar uma alteração inclusive da posição atual do Supremo Tribunal Federal acerca do tema.

Finalmente, no que concerne à possibilidade de que normas protetivas de direitos humanos ingressem no ordenamento brasileiro no bojo de tratados internacionais “comuns”, aos quais não seria, em tal situação, garantida a hierarquia constitucional, não se vislumbra qualquer impedimento formal a que parte do tratado, ou alguns dispositivos apenas, sejam submetidos ao procedimento previsto no parágrafo 3º, a fim de garantir sua proteção.

Em suma, o eventual reconhecimento de um caráter cogente ao parágrafo 3º do artigo 5º, sem o menosprezo (antes com a observância) das conseqüências ora apontadas (que exsurtem como obrigatórias, a fim de manter a coerência e a

unidade do sistema) afigura-se a forma mais adequada de tornar a nova norma um instrumento de ampliação, e não de restrição, da proteção dos direitos humanos.

Se é fato que, do complexo processo legislativo gerado pela Assembléia Nacional Constituinte em 1987, resultou a Constituição *possível*, com suas qualidades e seus defeitos, as teorias que buscam solucionar o impasse oriundo da inércia do legislador constituinte no que concerne ao relevante tema não de apresentar, ao menos até que haja uma regulamentação mais adequada da matéria pelo Poder reformador, também as soluções *possíveis*. Que as insuficiências do sistema constitucional reflitam nas insuficiências das soluções apresentadas, é fenômeno que a ninguém há de espantar.

10. Conclusões

A Constituição Federal de 1988, marco da redemocratização e da incorporação, pela República brasileira, dos mais avançados e relevantes elementos do moderno constitucionalismo, bem como da mentalidade de aumento da proteção dos direitos humanos na seara internacional, propiciou, inegavelmente, um indiscutível avanço, em âmbito interno, na proteção dos aludidos direitos.

Os direitos humanos, com efeito, deslocaram-se, nas últimas décadas, para o centro do ordenamento jurídico e, por conseguinte, o debate acerca de tais direitos vem ganhando cada vez mais espaço na sociedade, que tem passado a exigir de seus governantes posturas mais firmes no que tange à sua promoção e proteção. A mais emblemática evidência disso, na seara política, está nos sucessivos Planos Nacionais de Direitos Humanos (PNHDs) elaborados nos últimos anos pelo governo federal brasileiro, cujo conteúdo tem suscitado acalorados debates e importantes reflexões junto à sociedade.

É de se lamentar, no entanto, que, a despeito da imensa relevância do tema, o legislador constituinte tenha agido de forma tímida, lacônica, imperfeita e superficial, no que tange à delicada temática da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos ao ordenamento jurídico interno brasileiro.

A par dos avanços constatados, em um processo ainda em implementação – como também em implementação se encontra o projeto de construção de um verdadeiro Estado Democrático Social de Direito no Brasil – e em constante evolução (como em constante evolução se encontra, de resto, o processo de internacionalização da proteção dos direitos humanos como um todo), muito há a ser construído, inclusive na seara legislativa.

Com efeito, embora a jurisprudência avance, embora os argumentos doutrinários se sofisticem, embora o debate sobre a matéria se enriqueça, não se pode admitir que o legislador constituinte a tudo isso observe inerte.

A análise do direito comparado dá conta de que melhores soluções foram encontradas, inclusive na América Latina, em termos de normatividade constitucional.

No que tange ao § 2º do art. 5º da Constituição brasileira, sua dicção é inegavelmente falha.

O § 3º foi elaborado com o nítido propósito de pacificar as controvérsias surgidas tanto na doutrina quanto na jurisprudência acerca da posição hierárquica dos direitos humanos na ordem jurídica brasileira. Contudo, a intenção do legislador constituinte reformador foi indiscutivelmente frustrada, na medida em que os debates não apenas não diminuíram, como também se tornaram ainda mais acirrados e sofisticados.

É possível enxergar a norma prevista no § 3º do art. 5º da Constituição sob três óticas distintas.

Pode-se vê-la como um retrocesso, porque fulminou de nulidade a teoria do “bloco de constitucionalidade” que se amparava no § 2º, se não por outro motivo, por demonstrar que o legislador constituinte não reconhecia em tal norma uma cláusula de abertura apta a atribuir, *de per si*, hierarquia constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos (fosse assim, desnecessária seria a inclusão do aludido § 3º no art. 5º).

Pode-se enxergá-la como uma irrelevância, uma vez que, se consistir em uma mera “norma interpretativa”, como afirma parte da doutrina, nada acrescentou ao ordenamento que nele já não existisse.

Finalmente, é possível constatar, na inserção do dispositivo no texto constitucional, um mecanismo apto a viabilizar um significativo avanço na proteção dos direitos humanos. Para isso, no entanto, é necessário reconhecer sua cogência, bem como as consequências oriundas desse reconhecimento.

A jurisprudência brasileira já deu um passo adiante na proteção dos direitos humanos, ao superar a tese da equiparação de tais tratados a leis ordinárias (RE n. 80.004/SE), acolhendo a tese da supralegalidade dos diplomas internacionais de

direitos humanos (RE n. 466.343-1/SP) – embora, como demonstrado, tal evolução não esteja isenta de críticas nem deixe de gerar problemas na realidade concreta.

Contudo, a adoção do entendimento segundo o qual a norma prevista no § 3º do art. 5º da Constituição é de aplicação obrigatória, uma vez acolhida, tornará imperioso um avanço ainda maior, no sentido do reconhecimento de uma hierarquia equiparável à das emendas constitucionais a todos os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos.

Não se nega que tal entendimento exige um considerável esforço hermenêutico e, por conseguinte, está sujeito a críticas e a interpretações diversas. Prova disso são as incontáveis controvérsias e divergências doutrinárias acerca de cada aspecto da questão, cujas linhas básicas foram delineadas ao longo do presente estudo. Melhor teria sido que o legislador constituinte se posicionasse de forma clara, a exemplo do que outros países fizeram, apontando expressamente a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos.

A afirmação pode parecer excessivamente positivista, num mundo em que o positivismo perde a cada dia mais espaço. Mas não se busca ressuscitar um vetusto e empoeirado positivismo formalista e afastado dos valores. O próprio princípio maior da Constituição, o da dignidade da pessoa humana, que, como eixo do sistema constitucional pátrio, imanta as demais normas do sistema, torna exigível que, face à impossibilidade de respostas satisfatórias à problemática constatada, venha o Poder Constituinte Reformador a aperfeiçoar a normatividade constitucional, *que é a sua função primordial*.

Afigura-se fundamental, então, que o legislador constituinte se posicione acerca da questão, de forma clara e inequívoca. Que a Constituição brasileira trilhe o caminho já seguido, na América Latina, pelas Constituições da Argentina, da Venezuela, da Costa Rica, do Equador, de El Salvador e de Honduras. Que atribua, explicitamente, aos tratados internacionais de direitos humanos hierarquia constitucional, determinando expressamente que tal hierarquia é reconhecida em relação a todos os tratados de direitos humanos vigentes no País.

Se, como boa parte da doutrina afirma, era esta a intenção a nortear a elaboração do § 2º do art. 5º, de todo conveniente seria que o Poder Reformador saneasse a obscuridade, encerrando as inúmeras controvérsias doutrinárias que, ao que tudo indica, não de se perpetrar.

O poder de reforma constitucional tem sido, ao longo dos 22 anos de existência da atual Constituição, usado com descomedimento e, muitas vezes, com leviandade. Dispensar à relevante temática da internacionalização dos tratados de direitos humanos no Brasil atenção e cuidados maiores do que aqueles reservados a questões de menor importância (como o são a maioria daquelas tratadas nas 67 emendas já promulgadas até a presente data) constitui uma indiscutível obrigação do Congresso Nacional em face da República brasileira.

11. Bibliografia

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo: FTD, 1997.
- AMARAL Jr., Alberto do e JUBILUT, Liliana Lyra (orgs.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Cia. das Letras, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil". In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 63/64, jan./dez. 2006.
- BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BIDART CAMPOS, Gérman J. *Teoría general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Ediar, 1994.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BUERGENTHAL, Thomas. *International human rights in a nutshell*. Minnesota: West Publishing, 1988.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humano*. Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, v. 46, n. 182, jul./dez. 1993.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direito das organizações internacionais*. Belo Horizonte, Del Rey, 2002.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. “O fim das ‘leis’ de auto-anistia”. *Correio Braziliense*, 18.12.2008.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. V. 1. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Manual de direito tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

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

DOLINGER, Jacob (org.). *A nova Constituição e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes, et al. (org.). *Novas perspectivas do Direito Internacional contemporâneo. Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DUNNE, Tim e WHEELER, Nicholas J. *Human rights in global politics*. Cambridge: Cambridge University, 1999.

EVANS, Malcolm e MURRAY, Rachel (eds.). *The African Charter of Human and People’s Rights: the system in practice: 1986-2000*. Cambridge: Cambridge University, 2002.

FERREIRA, Lauro César Mazetto. *Seguridade social e direitos humanos*. São Paulo: LTr, 2007.

FLORES, Joaquín Herrera. *Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência*, mimeo.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos – direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

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

GORDILLO, Agustín. *Derechos humanos, doctrina, casos y materiales: parte general*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1990.

HOLMES, Stephen e SUSTEIN, Cass R. *The cost of rights – why liberty depends on taxes*. Nova Iorque: W. W. Norton and Company, 1999.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Barcarolla, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Belo Horizonte: Cultura Jurídica, 2004.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri: Manole, 2005.

LAFER, Celso. “O cinquentenário da Declaração Universal. A tutela dos direitos humanos no plano internacional no limiar do século XXI. Resistência e realizabilidade”. In: *Comércio, desarmamento, direitos humanos, reflexões sobre uma experiência diplomática*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. *Tratados internacionais sobre direitos humanos na Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MAC CORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. “Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002”. In: *Revista de Direito do Consumidor*, n. 51. São Paulo: RT, jul./set. 2004.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e o direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979.

MENDES, Gilmar Ferreira. “O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional”. In: *RIL*, 162/165.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2008.

MOURA, Lenice S. Moreira de (org.). *O novo constitucionalismo na era pós-positivista – homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Saraiva, 2009.

SMITH, Rhona e VAN DEN ANKER. *The essentials of human rights*. Oxford: Hodder Arnold, 2005.

NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras complementares de direito constitucional – direitos humanos e direitos fundamentais*. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008.

NUNES Jr., Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988*. São Paulo: Verbatim, 2009.

PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIOVESAN, Flávia e IKAWA, Daniela (orgs.), *Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação. Perspectivas e desafios contemporâneos. v. II*. Curitiba: Juruá, 2007.

RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

RATNER, Steven S. e ABRAMS, Jason S. *Accountability for human rights atrocities in international law. Beyond the Nuremberg Legacy*. 2. ed. [s.l.p.]: Oxford University, [s.d.p].

REZEK, Francisco. *Direito internacional público – curso elementar*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

- REZEK, José Francisco. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e a Ordem Jurídica Nacional (Parecer)*. Brasília, 20.04.1981.
- RIBEIRO, Maria de Fátima e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito internacional dos direitos humanos. Estudos em homenagem à Profa. Flávia Piovesan*. Curitiba: Juruá, 2004.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. “A Convenção Americana de Direitos Humanos no contexto constitucional brasileiro”. In: *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, ano I, n. 4, julho/setembro 2002.
- SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Crise e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SILVA, Cristiane Oliveira Peter da e CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales. *Controle de constitucionalidade e direitos fundamentais. Estudos em homenagem ao Professor Gilmar Ferreira Mendes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SILVA, G. E. do Nascimento e ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SMITH, Rhona K. M. e ANKER, Christien Van Den (eds.). *The essentials of human rights*. London, Hodder Arnold, 2005.
- STEINER, Henry J. e ALSTON, Philip. *International human rights in context – law, politics and morals*. 2. ed. Oxford: Oxford University, 1996.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VILHENA, Oscar. "Supremocracia: vícios e virtudes republicanas". In: *Valor Econômico*, edição de 06.11.2007.

VELOSO, Zeno e SALGADO, Gustavo Vaz. *Reforma do Judiciário comentada*. São Paulo: Saraiva, 2005.

VINCENT, R. J. *Human rights and international relations*. Cambridge: Cambridge University, 1986.