

desse momento, ao indivíduo — além de suas matérias específicas referidas em termos gerais aos Estados (...).”⁵⁰

Dá a razão de termos nos dedicado, na parte inicial deste trabalho, a demonstrar a lenta evolução pela qual passou a humanidade no reconhecimento da existência de certos direitos fundamentais aos seres humanos e às comunidades, como condição de sua própria existência. Dos direitos de proteção contra o Estado, aos direitos de proteção a serem assegurados pelo Estado, e, mais recentemente, dos direitos exigíveis da comunidade universal, o centro é o homem, em sua dignidade, como sujeito “com direito a ter direitos”, utilizando-nos da célebre expressão de Hanna Arendt.⁵¹ Como afirma Celso Lafer, “cabe mencionar preliminarmente a substituição, em matéria de direitos humanos, do princípio da proteção diplomática, baseado no exercício de competência pessoal dos Estados, pelo da proteção internacional, que busca tutelar os direitos dos indivíduos *qua* indivíduos e não enquanto nacionais de qualquer Estado. É por essa razão que as Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos, posteriores à II Guerra Mundial, buscam ir além dos interesses específicos dos Estados, criando garantias coletivas. Estas procuram estabelecer obrigações objetivas em matéria de direitos humanos, que são visias e percebidas como necessárias para a preservação da ordem pública internacional”.⁵²

Por tais razões, o resumo histórico foi trazido para que se compreenda a hipótese sobre a qual se debruça este trabalho: não se vão aqui discutir os fundamentos dos direitos humanos, já que a Declaração Universal dos Direitos do Homem os proclamou. Parte-se assim do direito posto. Parte-se também da constatação de que, no novo cenário normativo internacional, o ser humano é sujeito de direito internacional, oponível contra os Estados inclusive perante instâncias judiciais internacionais. E conclui-se, com Bobbio, que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de ‘justificá-los’, mas o de ‘protegê-los’. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.”⁵³

⁵⁰ Fernando Urioste Braga. *Naturaleza jurídica de la protección internacional de los derechos humanos*. Montevideo : Fundación de Cultura Universitaria, 1992. p. 9.

⁵¹ Celso Lafer. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo : Companhia das Letras, 1991. p. 154.

⁵² Idem, *ibidem*, p. 154-155.

⁵³ Norberto Bobbio. *A era dos direitos*, cit., p. 24.

A INTEGRAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO DIREITO INTERNO DOS ESTADOS

SUMÁRIO: 3.1 As teorias monista e dualista — 3.2 Doutrina moderna — 3.3 O direito brasileiro: doutrina e jurisprudência — 3.4 Normas convencionais e normas constitucionais de direitos humanos — 3.5 Especificidade das normas de proteção aos direitos humanos — 3.6 Conclusões.

Em grande parte dos manuais de direito internacional destaca-se um capítulo para reflexão sobre o fenômeno da integração das normas de direito internacional aos ordenamentos internos dos Estados. O certo é que a discussão perde muito de seu interesse quando situada apenas no patamar teórico, já que, em última análise, poder-se-ia ter como indiferente a forma da integração. Em verdade, a discussão doutrinária tem relevância não quanto à forma de integração em si, mas sim pelas consequências que tal opção implica na hipótese de haver conflito entre os ordenamentos. O problema é pois mais relevante no processo de interação interpretativa.

Em recente ciclo de palestras, o Prof. Pedro Dallari debruçou-se sobre o fenômeno da era moderna consistente na crescente globalização das relações universais de conduta social e individual, com reflexos nos planos culturais, econômicos, políticos e, por consequência, jurídicos. É daí que surge, segundo ele, “uma gama de problemas que emanam da interação do fenômeno da globalização com essa estrutura compartimentada de ordens jurídicas: toda ordem jurídica do planeta está desenhada a partir da figura do Estado nacional; o Estado nacional possui o seu sistema de normas, que é fechado e que contém, inclusive,

instituições judiciárias próprias, capazes de equacionar os conflitos vinculados ao sistema jurídico. Na configuração do Estado nacional, há a identificação de um povo e a delimitação de um território, aos quais se vincula a ordem jurídica decorrente da soberania do Estado nacional. (...) Outros mecanismos voltados ao tratamento de relações jurídicas de âmbito internacional são aqueles próprios do direito internacional público. A construção de sistemas jurídicos que tenham validade supranacional representa uma possibilidade de disciplina uniforme de situações dotadas do atributo de internacionalidade. Essa é a essência do direito internacional público; ou seja, são construídos, por via de tratados – o tratado é a fonte, por excelência, do direito internacional público; já foi o costume, hoje é o tratado, conjuntos de regras dotados de uma natureza, diria, eminentemente contratual. Os Estados soberanos, no exercício da sua soberania, contratam normas jurídicas de aplicação simultânea (...). Na medida, no entanto, em que os Estados nacionais ainda permanecessem como geradores das fontes fundamentais do direito e que, paralelamente, em função dos processos de intensificação das relações internacionais de Estados e organizações e seres humanos e da crescente circulação de bens e pessoas, se desenvolve um sistema complexo de direito internacional público, um dos grandes temas jurídicos contemporâneos é, portanto, o da relação desse conjunto de normas de direito internacional público – dentro do qual situo as normas de direito internacional da pessoa humana, com seus pactos, declarações, acordos vinculados a direitos humanos – com o direito interno. Como se inserem os tratados internacionais no nosso sistema jurídico? Esta é uma questão fundamental, pois, se proliferaram as normas de direito internacional público, se o Estado, no exercício da sua soberania, contrata tais normas, supõe-se que tal contratação não seja uma espécie de *estafionato* internacional, mas que, pelo contrário, ela seja feita para que gere efeitos. Essa é a lógica do sistema.¹

Assim, o estudo das questões referentes à integração das normas de direito internacional com as do direito interno dos Estados preocupou, ontem, e continua a preocupar os doutrinadores e os aplicadores do direito. Como nas palavras de Díez de Velasco, “o problema das

¹ Pedro Boholomeiz de Abreu Dallari. Normas internacionais de direitos humanos e a jurisdição interna. *Revista Especial do Tribunal Regional Federal – 3.ª Região*. São Paulo, 1997, p. 27-28.

relações de direito internacional com os direitos internos revestiu-se na ordem teórica de uma importância excepcional (...). Em realidade, não é outra coisa senão o fato de que, dada a existência de um direito internacional que regula as relações entre os sujeitos da comunidade internacional, e ordenamentos internos dos mesmos sujeitos internacionais, é necessário saber se entre uns e outros existem ou não relações, e se há ou não subordinação entre os grupos de ordenamentos, o internacional e os internos”.²

Não se pretende, aqui, aprofundar em muito a discussão doutrinária sobre as formas de integração das normas de direito internacional no direito interno.

Faz-se no entanto importante rever alguns pontos em que se apoiam as posições doutrinárias tradicionais mais destacadas, para, ao final, estabelecermos a qual delas se filiará nosso sistema jurídico interno, quer quanto ao direito internacional público eminentemente contratual, quer quanto ao direito internacional dos direitos humanos.

3.1 As teorias monista e dualista

A questão sobre a forma de integração das normas de direito internacional ao ordenamento jurídico dos Estados deu lugar ao que Vratally chama de “famosa controvérsia doutrinária entre as escolas dualista e monista”, entendendo esse autor dizer a questão mais com a dos fundamentos do direito internacional do que com a relação entre ordenamentos, sendo que tais posições não levavam em consideração o estado real do direito internacional nem contribuían para sua compreensão.³ Em termos gerais, para os adeptos da escola dualista, existe uma separação radical entre o ordenamento jurídico internacional e o nacional. As razões, como aponta Díez de Velasco, seriam as de que “as relações que regulamentam ambos os direitos são distintas, já que o internacional é dedicado a regular as relações entre os Estados e os internos as relações entre indivíduos. Outra razão radical de separação eram as fontes: enquanto o direito internacional, por sua

² M. Díez de Velasco. *Instituciones de derecho internacional público*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 1988. t. I, p. 164.

³ Michel Vratally. Fuentes del derecho internacional. *Manual de derecho internacional...*, Org. Max Sorensen, cit., p. 192.

posição voluntarista, procedia da vontade comum de vários Estados, os direito internos procediam da vontade unilateral do Estado; como consequência disso o direito internacional não obrigava aos indivíduos até que suas normas fossem transformadas em direito interno.”⁴

Triepel, o mais destacado defensor da teoria, afirmava serem totalmente diversas as relações entre as regras de direito internacional e direito interno. Mais que isso, “que o direito internacional público e o direito interno não são somente partes, ramos de direito distintos, mas mais ainda sistemas jurídicos distintos. São dois círculos que estão em contato íntimo, mas que não se sobrepõem jamais. Já que não se regem pelas mesmas relações, é impossível que haja uma ‘concorrência’ entre as fontes de dois sistemas jurídicos (...). Portanto, não se pode falar de uma recepção do direito internacional pelo Estado sem que o conteúdo da regra estatal corresponda exatamente ao conteúdo da regra jurídica internacional.”⁵

Apoiado por seguidores do gabarito de Anzilotti, o qual exerceu grande influência não só na Itália mas em países seguidores das doutrinas italianas, o dualismo foi aos poucos perdendo seus adeptos, em face de considerações de ordem teórica e, principalmente, pragmática, dos doutrinadores que os seguiram, defensores de teorias da unidade dos ordenamentos jurídicos. Reuter lembra que a teoria dualista “responde a uma preocupação em fechar a sociedade sobre ela mesma e manter as relações internacionais sob o estrito controle somente do poder executivo; daí se tiram consequências secundárias: a possibilidade de um conflito entre o direito internacional público e o direito interno perante um juiz nacional está excluído em sua substância; nenhum tratado pode ser executado diretamente na ordem interna e não confere jamais direitos aos particulares (...)”.⁶ Kelsen, em um de seus trabalhos, chegou a afirmar que “a construção dualista é aquela dos primitivos. Os membros de uma sociedade primitiva são incapazes de conceber

⁴ *Instituciones...*, cit., p. 165.

⁵ H. Triepel. Les rapports entre le droit interne et le droit international. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1923. vol. I, p. 81-97.

⁶ Paul Reuter. Principes de droit international public. *Recueil des Cours...*, 1961. vol. II, p. 494.

uma ordem jurídica em volta deles que regule sua própria comunidade”.⁷

Charles Rousseau, por fim, afirma que do ponto de vista racional “é fácil destacar a debilidade lógica da construção dualista, que desconhece o princípio da identidade ao admitir a igual validade de duas normas antinômicas. Não se pode, de fato, conceber cientificamente que duas regras contrárias, que rejam as mesmas matérias e os mesmos sujeitos, possam ser ambas válidas.”⁸

Já para a escola monista, existiria uma unidade no ordenamento jurídico como um todo. Assim, não seria de admitir-se uma dicotomia entre os dois ordenamentos, já que, de um lado, o Estado firma tratados no exercício de sua soberania — soberania essa que só existe se reconhecida pelo direito internacional — e, de outro, o tratado obrigaria não só o Estado, mas os súditos desse Estado, criando-lhes direitos e obrigações. Assim, ao firmar tratados, o Estado estaria fazendo ingressar automaticamente no seu sistema normativo as normas pelas quais se obrigou, sendo desnecessária a edição de norma interna para que os Tribunais passassem a aplicar o tratado na decisão de conflitos.

Dentro do sistema monista há formulações diversas, na avaliação de prevalência das normas internacionais ou internas em casos de divergências. Mais uma vez recorrendo à bem lançada síntese da obra de Díez de Velasco, “a doutrina normativista encontra o fundamento último da validade do direito não na vontade, e sim em uma norma superior. Esta luminosa construção de Kelsen o levou inicialmente a sustentar que a primazia do direito internacional sobre o direito interno ou deste sobre aquele dependia de qual dos ditos ordenamentos ou agasalhava a norma fundamental suprema. Posteriormente Kelsen, e com ele seus outros companheiros da Escola de Viena, se inclinaram pela supremacia do direito internacional sobre o interno. Consideram, ainda, que os ordenamentos internos têm um caráter derivado em relação ao direito internacional, e a juridicidade e obrigatoriedade dos ordenamentos internos estão baseados em uma norma de direito internacional que outorga, aos sujeitos internacionais, o poder de

⁷ H. Kelsen. Théorie du droit international public. *Recueil des Cours...*, 1953. vol. III, p. 188.

⁸ Charles Rousseau. *Derecho internacional público profundizado*. Buenos Aires: La Ley, 1966. p. 15.

construir seus ordenamentos jurídicos respectivos"? Vem Kelsen, assim, a consagrar a chamada teoria monista internacionalista. Já para os que aderem à teoria monista nacionalista, em hipótese de divergência entre os dois ordenamentos, prevaleceria a disposição do ordenamento interno, já que o ordenamento internacional não teria, por si só, o poder de derogar normas do ordenamento interno.

Kelsen foi, sem dúvida, o grande teórico do monismo internacionalista, aquele que deixou raízes para a moderna compreensão do fenômeno da interação de normas. Partindo do referido conceito de "norma fundamental" como fonte de quaisquer normas, afirma que quer as normas internacionais, quer as internas, teriam as mesmas fontes, quais sejam, a lei e o costume. A norma fundamental é exatamente a que declara a lei e o costume como fatos geradores de direito. De outro lado, afirma não se poder distinguir os sistemas pelo seu objeto, bem como pelos sujeitos, já que os indivíduos podem estar sujeitos a duas ordens diferentes, como estão, a exemplo, sujeitos aos ditames da moral e do direito.

Sua opção pelo monismo internacionalista vem clara quando observa que, se as normas de direito internacional obrigam o Estado, seus órgãos e seus indivíduos por força do princípio *pacta sunt servanda*, o direito internacional é necessariamente superior ao direito interno. É a ordem jurídica interna necessariamente parte integrante da ordem jurídica internacional. O princípio *pacta sunt servanda* não pode ser ab-rogado pelos Estados. Este é um reconhecimento necessário e racionalmente obrigatório, ainda que não haja reconhecimento expresso. Assim, "fundar a validade do direito internacional ou de certas de suas regras, não sobre a vontade do Estado ele próprio, mas sobre uma autoridade que tem qualidade para impor suas regras independentemente dela, é admitir a primazia do direito internacional *vis-à-vis* da ordem jurídica interna."¹⁰

Mais uma vez recorrendo às lições de Rousseau, lembramos que o autor concluiu por admitir "a primazia do direito internacional, condição necessária para a existência do direito das gentes, e a tomar consciência de que esta regra se fez sancionada de fato pela teoria da

¹⁰⁹ *Institutiones...*, cit., p. 166.

¹¹⁰ H. Kelsen. *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public. Recueil des Cours...*, 1926, vol. IV, p. 265-304.

responsabilidade internacional, instituição imposta pelas próprias condições de organização da comunidade interestatal e que é a única que pode conciliar a autonomia das competências nacionais com sua subordinação a um direito superior"¹¹

Outras posições correlatas são sustentadas pelos internacionalistas, valendo trazer, por exemplo, a teoria da coordenação defendida por respeitáveis juristas, para quem a comunidade internacional existe para realizar uma finalidade: atingir o bem comum. Essa seria também a finalidade de quaisquer outros organismos do corpo social, das leis internas, da família etc. Assim, os Estados criariam, quer no seu ordenamento interno, quer através dos Tratados, corpos diversos resultantes dessa convicção, subordinando-se os ordenamentos, inclusive o internacional, aos princípios do bem comum. Essa teoria, de base jusnaturalista, equipara as normas de direito internacional e direito interno, na medida em que ambas se subordinam a um mesmo objetivo. Vially, por sua vez, advoga a supremacia do direito internacional, afirmando que tal fato não é sequer afetado pelos diferentes enfoques constitucionais internos: A supremacia deriva simplesmente do fato de o Estado estar obrigado pelo direito internacional, já que não pode invocar as disposições de seu direito interno para eximir-se do cumprimento das obrigações internacionais, ou para escapar de suas consequências.¹²

Jiménez de Aréchaga, por sua vez, sustenta que a discussão entre monistas e dualistas não afeta outro ponto, mais essencial para aferir-se a eficácia e validade dos tratados nos ordenamentos internos. Importa mais é analisar a hierarquia que os tratados ocupam nas legislações internas, crucial para definir-se qual das normas prevalece em caso de conflito. Apenas quando, de acordo com a legislação interna preveja-se que o tratado possa ser revogado por lei interna posterior é que a tese dualista se configura, pois estar-se-ia admitindo a coexistência de dois sistemas jurídicos distintos e contraditórios. Na verdade, essa visão, que tenta reintroduzir o sistema dualista, "esquece que do ponto de vista internacional, o ato legislativo em conflito com uma

¹¹¹ Charles Rousseau. *Derecho internacional público*. Barcelona: Ariel, 1966. p. 19.

¹¹² Fuentes del Derecho Internacional. *Manual de derecho internacional...*, Org. Max Sorensen, cit., p. 195.

norma de direito internacional não é senão um fato equivalente a qualquer outra violação do direito internacional, que origina a responsabilidade internacional do Estado. (...) Isso demonstra que a norma de direito internacional não foi, em rigor, derogada por norma legislativa contraditória. A norma internacional subsiste, assim como permanece a obrigação internacional de que ela deriva (...).¹³

O importante é assinalar que, a cada dia, a discussão teórica foi perdendo importância, principalmente em face da realidade das relações internacionais e das práticas estabelecidas entre as nações no pós-guerra. Além disso, teriam sido visados diversos pontos de contato entre as diversas teorias. Como costuma acontecer, ao perderem rigidez as teorias, vão se clarificando as soluções. Portanto, tem-se hoje como certo que as obrigações internacionais assumidas pelos Estados se manifestam em seus ordenamentos internos, e, assim sendo, seu descumprimento gera responsabilidade internacional. Logo, por via indireta pode-se afirmar a supremacia do direito internacional em caso de conflito com normas do direito interno, o que aliás vem sendo reforçado pela abundante jurisprudência dos tribunais internacionais.¹⁴ Michael Akehurst, nesse sentido, reafirma a regra do direito internacional segundo a qual um Estado não pode invocar uma norma ou uma lacuna do seu direito interno como defesa face a uma reivindicação baseada no direito internacional.¹⁵ Ian Brownlie lembra que na atualidade "um crescente número de juristas desejam escapar da dicotomia entre monismo e dualismo, assegurando que as consequências lógicas de ambas as teorias conflitam com a forma pela qual os órgãos internos e internacionais vêm se comportando".¹⁶

3.2 Doutrina moderna

Exatamente em razão do novo panorama da comunidade internacional e das relações cada vez mais complexas interligando os Estados

⁽¹³⁾ Eduardo Jiménez de Aréchaga. La convención interamericana de derechos humanos como derecho interno. *Revista do Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. San José da Costa Rica, jan.-jun., 1988, p. 25-28.

⁽¹⁴⁾ Díez de Velasco. *Instituciones...* cit. p. 168-169.

⁽¹⁵⁾ *Introdução ao direito internacional*. Coimbra: Almedina, 1985, p. 53.

⁽¹⁶⁾ *Principles of public international law*. 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 1990, p. 35.

em todas as áreas, o quadro que se vislumbra em desenvolvimento é o da acolhida cada vez maior e mais ampla das normas de direito internacional nos ordenamentos dos Estados, especialmente em suas Constituições. Brownlie, na obra já citada, lembra que acima da natureza das obrigações decorrentes de tratados e das normas consuetudinárias, há o dever geral para os Estados para que sejam elaboradas leis nacionais em conformidade com as obrigações internacionais assumidas.¹⁷ Esse fato está a demonstrar o reconhecimento de que, nos dias atuais, nenhum Estado pode realizar seus objetivos isoladamente.

Portanto, como assinala Reuter, "(...) no presente estágio de relações internacionais, a posição é claramente intermediária, com consideráveis diferenças entre os grupos dos mencionados Estados. Alguns Estados, devido ao seu tamanho, sistema político ou ambos, são capazes e estão sempre dispostos a desprezar a influência estrangeira incontralada. Estão preparados a enfrentar as consequências desta abordagem dualista. Considerando uma visão mais aberta de relações internacionais, outros países concluem tratados entre si cobrindo esta importante parte das relações sociais e seus efeitos são sentidos por todos na vida do dia-a-dia. (...) Logo, a lei interna dos tratados varia de país para país, mas todos os Estados devem levar em conta a lei internacional dos tratados, a qual está evoluindo gradualmente pela prática de atitudes nacionais, e ainda tendendo ao processo natural de se imporem às autoridades nacionais".¹⁸

De qualquer forma, permanece a diferença das formas pelas quais o tratado integra a ordem jurídica interna dos Estados. No sistema dualista — como o ainda hoje existente na Inglaterra — o tratado precisa ser "transformado" em lei interna para que possa ser aplicado pelos Tribunais. A própria Convenção Européia de Direitos Humanos foi objeto de um projeto de lei do Parlamento inglês, para ser posta em vigor no âmbito interno, condição para poder ser diretamente aplicada pelos Tribunais. Tal fato, segundo Akehurst, deflui do sistema de soberania do Parlamento, princípio básico do direito inglês, sendo que os tratados são ratificados pelo monarca. No sistema monista, ao qual se filia a maior parte dos Estados

⁽¹⁷⁾ Ob. cit., p. 36.

⁽¹⁸⁾ Paul Reuter. *Introduction to the law of treaties*. London: Kegan Paul International, 1995, p. 18.

modernos, embora haja mecanismos de publicação e aprovação do texto pelos Paramentos, ou outros atos os quais mais se destinam a dar publicidade aos tratados, o certo é que estes vigem independentemente da edição de lei que lhes reitere os fundamentos.

Nos dois sistemas, a questão da solução de eventuais conflitos — reais ou aparentes — entre normas de direito internacional e de direito interno, vem sendo também regulada pela maior parte das Constituições dos Estados as quais, repita-se, cada vez mais abraçam o sistema internacionalista, haja vista as sanções que o descumprimento de normas internacionais pode trazer. Na expressão de Virally, “um conflito entre direito internacional e direito interno que surja perante a jurisdição de um tribunal internacional se resolve, por conseguinte, sobre a base da supremacia do direito internacional. Quando surge no âmbito do direito interno e não se resolve da mesma maneira, a posição que se adota é a de que há uma violação do direito internacional e traz consigo as mesmas consequências que qualquer outro ato ilegal. Portanto, em qualquer dos casos, se afirma a supremacia do direito internacional (...). Como corolário, a norma de direito interno que seja contrária ao direito internacional é considerada, pelos tribunais internacionais, como não existente”.¹⁹

O avanço verificado é no sentido de que, hoje, “uma boa parte das constituições dos países europeus reconhece de maneira expressa a superioridade, ainda que parcial, das normas de direito internacional geral sobre o direito interno”. Lembra o autor antes citado que a primazia do direito internacional sobre o nacional implicou em significativas limitações à soberania estatal de caráter tradicional, o que se vê com maior clareza no tipo de normas supranacionais que formam o *direito comunitário*. Mas, o setor mais importante e recente desse reconhecimento vem exatamente em relação às normas de direitos humanos.²⁰ A exemplo, veja-se a Constituição italiana de 1948, a Constituição alemã de 1953, a francesa de 1958, a portuguesa de 1976

(19) Fuentes del derecho internacional. *Manual de derecho...*. Org. Max Sorensen, cit., p. 196.

(20) Héctor Fix-Zamudio. La evolución del derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas. *Estudios básicos de derechos humanos*. 1. ed. San José da Costa Rica : IIDH e Comissão da União Européia, t. II, p. 53-54.

(com a revisão de 1982), e a espanhola de 1978. Vai mais longe a Constituição holandesa de 1953, reformada em 1966, a qual, em seu art. 63, dispõe que “quando o desenvolvimento da ordem jurídica internacional o faça necessário, um tratado poderá deixar sem efeito as disposições da Constituição”.

Também nas Américas o fenômeno se repete. A título ilustrativo, lembramos a Constituição da Costa Rica, que em seu art. 7.º atribui aos tratados “autoridade superior à das leis”. A da Colômbia, de 1991, expressa, em seu art. 93, serem os tratados e convenções de direitos humanos prevaletentes na ordem interna, e que os direitos consagrados na própria Constituição serão interpretados em conformidade com esses tratados. Note-se o avanço do texto constitucional colombiano, o qual já aponta para a solução de eventuais conflitos de normas convencionais e constitucionais de proteção aos direitos humanos, matéria à qual voltaremos adiante. A Constituição argentina de 1994 dispõe, em seu art. 31, integrarem os tratados a lei suprema da nação. Igualmente merecem ser estudadas as decisões reiteradamente proferidas pela Corte argentina, no sentido de que “um dos efeitos importantes da hierarquia constitucional dos tratados é o de que muitas normas internas vigentes se tornaram inconstitucionais, ou como, na opinião de outros, se tornaram virtualmente derogadas em razão de se contraporem abertamente suas disposições com as dos tratados”.²¹ A Constituição da Guatemala, de 1985, em seu art. 46, estabelece “o princípio geral de que em matéria de direitos humanos os tratados e convenções aceitos e ratificados pela Guatemala têm preeminência sobre o direito interno”. No mesmo sentido, a Constituição de Honduras de 1982, em seu art. 18, que expressa a prevalência dos tratados sobre a lei, em caso de conflito. A Constituição do Chile, de 1989, confere essa supremacia aos tratados de direitos humanos, equiparando-os às normas constitucionais. Mesma disposição comportava a carta peruana, de 1979, depois reformada.

3.3 O direito brasileiro: doutrina e jurisprudência

Primeiramente cumpre assinalar nossa adesão ao entendimento segundo o qual o direito brasileiro adota o sistema monista, ou seja,

(21) Juan Carlos Vega e Marisa Adriana Graham. *Serangua constitucional de los tratados internacionales*. Buenos Aires : Astrea, 1996. p. 41.

o tratado ingressa no ordenamento jurídico interno sem necessidade de lei no sentido formal. Em verdade, pelo nosso sistema, é de competência exclusiva do Executivo a celebração de tratados (art. 84, VIII, da CF). Ao Congresso é enviada cópia do texto, a qual, se aprovada, gera a publicação de um decreto legislativo, cuja função é apenas a de dar ciência da aprovação do texto apreciado, das reservas eventualmente impostas, das cláusulas facultativas aceitas etc. Somente após a aprovação do texto é que o Executivo ratifica o tratado e, por via da promulgação, assinala o início de sua vigência e eficácia no País. Nem o decreto legislativo, nem o decreto do executivo de promulgação podem ser considerados "lei" no sentido de norma de direito interno editada segundo a forma e procedimento previstos na Constituição. Como assinala Pedro Dallari, "o tratado ingressa no direito brasileiro — e entendo que essa é uma questão pacífica hoje — com vida própria, com forma própria, por força do compromisso internacional celebrado com o Brasil, sendo o decreto presidencial a via pela qual se dá a publicidade ao seu conteúdo e se fixa o início de sua vigência no território nacional. Prevalece, assim, a solução monista para o dilema da integração dos tratados de direito internacional público ao direito interno".²²

Já quanto à questão de eventual conflito entre as normas decorrentes de tratados e as próprias do ordenamento interno, a adesão do Brasil ao sistema monista não a resolve adequadamente.

A doutrina não se debruçou com muita frequência sobre a matéria. Já no início do século, Clovis Bevilacqua, embora sem se referir expressamente à questão de conflitos entre normas internacionais e nacionais e sua solução, expressava que "os tratados, sob o ponto de vista de sua obrigatoriedade, apresentam dois aspectos: Internacionalmente, em relação aos indivíduos e às autoridades dos Estados contratantes, são leis, que devem ser obedecidas, como as que emanam do poder legislativo em suas funções normais. Externamente, em relação aos Estados contratantes, uns perante outros, são obrigações, a que se submetteram, cuja execução está confiada à sua dignidade, são vínculos morais que o direito protege, e cujo rompimento importaria uma evasão da comunhão jurídica internacional".²³

⁽²²⁾ Normas internacionais de direitos humanos..., cit., p. 31-32.

⁽²³⁾ *Direito internacional público - A síntese dos princípios e a contribuição do Brasil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1911. t. II, p. 29.

Também o grande jurista Pontes de Miranda assim manifestava seu entendimento: "Para que pudessem coexistir a ordem do direito interno e a ordem do direito das gentes, sem que uma prevalecesse, seria preciso que houvesse foco distribuidor das competências legislativas acima de ambas, e ambas tivessem de respeitar as linhas traçadas por essa ordem superior às duas. Ora, essa terceira ordem, distributiva da competência ao direito das gentes e ao direito interno, não existe. Portanto, a quem exija ao pensamento rigor científico, rigor que nós sabemos ser o da lógica da ciência, fácil é convencer-se de que os fatos só permitem uma leitura deles: o direito das gentes, ao criar a norma jurídica, cria a linha de sua competência. Se 'primado' é isso, não se pode discutir se o direito das gentes ou o direito interno prima. Só aquele pode primar. Para que o direito interno pudesse primar, fôra preciso que a legislação de um Estado, ou de alguns, ab-rogasse ou pudesse ab-rogar regras de direito das gentes".²⁴ O autor, lamentando que a Constituição de 1946 não se tenha pronunciado sobre as relações entre o direito interno e o direito das gentes, aponta em conclusão que "regra explícita quanto à subordinação do legislador aos princípios do direito das gentes comum é de grande utilidade — acentua uma das consequências do primado desse direito".²⁵

Hildebrando Accioly foi mais específico. Segundo o festejado internacionalista, "é lícito sustentar-se, de acordo, aliás, com a opinião da maioria dos internacionalistas, que o direito internacional é superior ao Estado; tem supremacia sobre o direito interno, por isto que deriva de um princípio superior à vontade dos Estados. Não se dirá que o poder do Estado seja uma delegação do direito internacional; mas parece incontestável que este constitui um limite jurídico ao dito Poder. Por isto mesmo, o alcance prático, por exemplo, da recepção ou incorporação das normas internacionais no direito interno de um Estado não consiste, apenas, em transformá-las em direito nacional. Realmente, se é verdade que uma lei interna revoga outra ou outras anteriores contrárias à primeira, o mesmo não se poderá dizer quando a lei anterior representa direito convencional transformado em direito interno, por que o Estado tem o dever de respeitar suas obrigações contratuais e não

⁽²⁴⁾ Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1946*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1953. vol. 1, p. 143-144.

⁽²⁵⁾ *Idem*, p. 150.

as pode revogar unilateralmente. Daí poder dizer-se que, na legislação interna, os tratados ou convenções a ela incorporados formam um direito especial que a lei interna, comum, não pode revogar".²⁶ Em sua obra anterior, já afirmara o autor que "sem dúvida, nas relações entre o direito internacional e o direito interno, a preeminência cabe ao primeiro (...). É a aplicação do princípio latino *in toto jure genus per speciem derogatur* (...)"²⁷

Gerson Boson, em conclusão do texto citado na primeira parte deste trabalho, afirma categoricamente que "já podemos deduzir que o monismo, com a supremacia do direito internacional, é a única doutrina viável e necessária às condições atuais do mundo moderno. (...) O direito não pode desprezar a lógica necessária à sistematização de suas regras e princípios."²⁸

Por sua vez, Oliveira Litrento lembra que a tendência das constituições modernas é a de submeter a ordem jurídica interna às normas de direito internacional, fenômeno comprovado na prática das relações internacionais. Para o autor, "a instituição da responsabilidade internacional do Estado em razão de seus atos legislativos constitui a prova irrefutável da primazia do direito das gentes: no instante em que o juiz ou árbitro internacional aprecia a regularidade do direito interno, este não é mais soberano, porém subordinado ao direito internacional".²⁹

João Grandino Rodas lembra, com acerto, que "com relação às normas internacionais existentes sobre a matéria, ressalte-se, no âmbito americano, a Convenção sobre Tratados assinada em Havana, em 1928, ainda vigente no Brasil; e, na esfera universal, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, que entrou em vigor em janeiro de 1980 e que, mesmo antes dessa data, vinha sendo tida como vigorante enquanto expressão do Direito costumeiro". Cita Marotta Rangel, para quem "impõe-se, a nosso ver, de forma irrecusável, o

⁽²⁶⁾ *Manual de direito internacional público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 5-6.

⁽²⁷⁾ Hildebrando Accioly, *Tratado de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1933, t. I, p. 19.

⁽²⁸⁾ *Curso de direito internacional público*..., cit., p. 171.

⁽²⁹⁾ *Manual de direito internacional público*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 147-148.

reconhecimento da primazia da norma internacional. É o que a razão humana compreende, o que recomenda a noção de unidade e solidariedade do gênero humano". No acompanhamento dos trabalhos da Constituinte de 1987, Grandino Rodas relata que "o tratamento dado ao tópico em exame pelo Anteprojeto da Subcomissão de Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais foi o oposto do dispensado pela Comissão de Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. Aquele afirmava que o tratado revoga a lei e não é por ela revogado (art. 22, *in fine*), enquanto que este (art. 28, § 2.º) preferiu o caminho oposto. O Anteprojeto da Comissão de Sistematização repetiu este último dispositivo e afirmou, no § 2.º do art. 12, que 'o conteúdo normativo dos tratados e compromissos internacionais (...) revoga a lei anterior e está sujeito à revogação por lei ou emenda constitucional' (...). O substitutivo Cabral, seguido pelo Projeto de Constituição, fez ainda a pior escolha, ao preferir trilhar a omissão que se verifica nas constituições com esse desiderato (...)" Conclui o autor asseverando ser "compatível com esse desiderato a inclusão de regras que garantam a superioridade hierárquica das normas provenientes de tratado internacional (...)"³⁰

Curial não seja esquecida a proposta contida no Anteprojeto de Constituição elaborado por Fabio Comparato, cujo artigo sobre as liberdades fundamentais deixava expresso que as normas definidoras das liberdades fundamentais têm eficácia imediata, e serão interpretadas e integradas à luz das declarações universais de direitos, das quais o Brasil é signatário.³¹

Francisco Resek, em sentido oposto, afirma que o primado do direito internacional sobre o direito interno é afirmativa apenas doutrinária, pois não há no direito internacional positivo norma assecutoratória de tal primado. Discorda, assim, daqueles que entendem ser tal primazia decorrente não só do princípio cogente *pacta sunt servanda* mas também das regras positivadas de direito internacional, como, a exemplo, as constantes dos arts. 10 e 11 do Tratado de Havana, a chamada Convenção sobre Tratados, ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Dec. 18.596, de 22.10.1929, e art. 27 da Convenção de Viena

⁽³⁰⁾ João Grandino Rodas. A constituinte e os tratados internacionais. *RT* 624, 1987, p. 43-51.

⁽³¹⁾ Fabio Konder Comparato. *Muda Brasil. Uma constituição para o desenvolvimento democrático*. São Paulo: Brasiliense, 1986. p. 82.

sobre direito dos tratados, não ratificada ainda pelo Brasil mas já incorporada à normativa internacional como fonte de direito costumeiro. Prossegue o autor afirmando a primazia indiscutível da Constituição Federal, ainda que algum tratado viole um dispositivo seu, seja o país submetido à responsabilidade no plano externo. Quanto às leis infraconstitucionais, adota a teoria da paridade entre o tratado e a lei federal, ou seja, "garante-se-lhes" (aos tratados) "apenas um tratamento paritário, tomadas como paradigma as leis nacionais e diplomas de grau equivalente".³²

Nenhuma especificidade é reconhecida quanto aos tratados de proteção a direitos fundamentais, mesmo em face da disposição contida no § 2.º do art. 5.º da CF, a qual diversos doutrinadores reconhecem *status* constitucional.

Esse tratamento paritário é compartilhado pela maioria dos constitucionalistas pátrios. Dentre eles, Luiz Alberto David Araújo,³³ Clemerston Merlin Cleve,³⁴ e Manoel Gonçalves Ferreira Filho,³⁵ dentre outros. O primeiro dos constitucionalistas citados ressalta que o ingresso dos tratados na qualidade de normas constitucionais não poderia ser admitido, especialmente em razão do *quorum* exigível para a emenda constitucional. Ora, se um tratado viesse a modificar uma garantia constitucional, estaria sendo a Carta Maior reformada por *quorum* diverso do exigido para as emendas constitucionais. Tal argumento vem rebatido com acerto por Carlos Weiss, no sentido de que "trata-se de sistemas absolutamente distintos e que operam através de mecanismos próprios, desde a confecção até a entrada em vigor da norma. Assim, se as emendas constitucionais extraem sua legitimidade da maioria qualificada existente para sua aprovação, no campo internacional chega-se a semelhante resultado diante do complexo processo de elaboração dos tratados. (...) Então, ainda que a ratificação somente exija maioria simples, sua incorporação ao direito interno passa necessariamente pelo crivo dos dois Poderes que representam a vontade

⁽³²⁾ *Direito internacional público*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1993. p. 103-104.

⁽³³⁾ Luiz Alberto D. Araújo e Vidal S. Nunes Junior. *Curso de direito constitucional*. São Paulo : Saraiva, 1998. p. 130-132.

⁽³⁴⁾ *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1995. p. 142.

⁽³⁵⁾ *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo : Saraiva, 1995. p. 99.

popular".³⁶ Outro argumento, o de que o tratado poderia vir a restringir direitos, e aí também modificar cláusulas pétreas,³⁷ não nos parece procedente, à vista do que vem disposto na própria Convenção Americana sobre a interpretação dos tratados, no sentido de que não podem ser invocados os direitos previstos na Convenção para limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade reconhecido pelo ordenamento interno.

Entendemos, assim, que não se trata de afastar a norma convencional por força de conflito com a norma constitucional. A aparente autonomia resolve-se, no caso, pela interpretação. De resto, e como afirma Grandino Rodas, "Os tratados que determinam situação jurídica permanente são infensos à denúncia. (...) A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, no § 1.º do art. 56, estabeleceu regra supletiva que busca na intenção das partes e na natureza do tratado a possibilidade de se admitir a denúncia, quando o tratado é omissivo a respeito."³⁸ José Afonso da Silva, por sua vez, afirma que "não são normas de valor supraconstitucionais ou de natureza supra-estatal como querem Deguit e Pontes de Miranda (...). São direitos constitucionais na medida em que se inserem no texto de uma constituição ou mesmo constem de simples declaração solenemente estabelecida pelo poder constituinte".³⁹ A nosso ver, essa declaração solene do poder constituinte é exatamente a que vem expressa no art. 5.º, § 2.º.

Celso D. Albuquerque Mello, após cuidadosa exposição das diversas teorias, encerra esse capítulo afirmando que "a conclusão que podemos apresentar é que, sendo o Estado sujeito de direito interno e de DI (direito internacional), é uma mesma pessoa, não se podendo conceber que ele seja submetido a duas ordens jurídicas que se chocam. É o direito na sua essência um só. A ordem internacional acarreta a responsabilidade do Estado quando ele viola um de seus preceitos e o

⁽³⁶⁾ Carlos Weiss. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo : Malheiros, 1999. p. 34-35.

⁽³⁷⁾ Luiz Alberto D. Araújo e Vidal S. Nunes Junior. *Curso...*, cit., p. 131-132.

⁽³⁸⁾ João Grandino Rodas. *Tratados internacionais. Sua executoriedade no direito interno brasileiro*. *Revista do Curso de Direito da Universidade de Uberlândia* 1/2, vol. 21, dez., 1992. p. 319.

⁽³⁹⁾ *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. São Paulo : Malheiros, 1995. p. 178.

Estado aceita essa responsabilidade, como não poderia deixar de ser. Da constatação desse simples fato podemos observar que o Estado sujeito de direito das duas ordens jurídicas dá primazia ao DI".⁴⁰

O entendimento jurisprudencial igualmente não é pró-dígo. O exame da discussão veio realçado no julgamento do RE 80.004-SE,⁴¹ considerado o *leading case* a partir do qual outros julgados foram proferidos. Daí a razão de destacarmos alguns dos pontos suscitados no v. acórdão.

Discutia-se no feito a aplicação de dispositivo das Convenções de Genebra sobre Cheque e sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, ratificadas pelo Brasil e promulgadas pelos Decretos 57.595 e 57.663, de 07 e 24.01.1966, respectivamente, que teriam entrado em choque com disposição posterior contida no Dec.-lei 427, de 1969.

A mesma matéria havia sido antes apreciada no julgamento do RE 71.154-PR,⁴² do qual fora relator o Min. Oswaldo Trigueiro. Naquele feito, o judiciário estadual havia decidido que "as convenções internacionais não têm o poder de modificar a legislação interna de cada nação participante. Os tratados, as convenções internacionais, não são auto-executáveis, dependendo, para que entrem no quadro da legislação executáveis, dependendo, para que entrem no quadro da legislação interna, de lei elaborada pelo Congresso. Para vigorar no Brasil a Lei Uniforme de Genebra, há necessidade de de uma nova lei cambial em substituição ao Dec. 2.044, de 1908. Permanecem vigentes os decretos 2.044, de 1908, 2.591, de 1912; e demais leis posteriores, que regulam a emissão, circulação e pagamento de letras de câmbio, notas promissórias e cheques".

Admitido o Recurso Extraordinário, o Min. Oswaldo Trigueiro exarou Voto no qual, seguindo a lição dos mais renomados juristas pátrios, colocava o Brasil dentre os adeptos da chamada teoria monista. Para o julgador da Suprema Corte, "não me parece curial que o Brasil firme um tratado, que esse tratado seja aprovado definitivamente pelo Congresso Nacional, que em seguida seja promulgado e, apesar de tudo isso, sua validade ainda fique dependendo de novo ato do Poder

legislativo (...)". Lembra o magistrado que, nos trabalhos da Constituinte de 1946, fora rejeitada emenda propondo ficasse expresso, na Constituição, que os tratados e convenções regularmente ratificados, aprovados e promulgados, passariam a fazer parte da legislação interna. A rejeição, nos termos do parecer da Consultoria Geral, deveu-se ao fato de ter sido apontada a *superfluidade* do dispositivo, já que desde 1891 vigia no direito brasileiro norma a qual atribuía aos instrumentos internacionais força de lei. Citando precedentes jurisprudenciais, bem como a legislação comparada, conclui o voto pela equiparação do tratado à lei interna, com poderes então de revogar a lei anterior com a qual for incompatível (RTJ 587/0).

No RE 80.004, o rel. Min. Xavier de Albuquerque, socorre-se do entendimento mantido no Voto retro citado, e, referindo-se a outros precedentes da Suprema Corte, afirma ter esta por orientação o primado do direito internacional sobre o interno. Transcreve as referências de Haroldo Valladão: "O saudoso Min. do STF, Philadelpho de Azevedo, depois Juiz da Corte de Justiça Internacional, afirmou assim, no artigo referido em que aproveitou um voto seu vencido (...), afinal vencedor nos acórdãos acima citados, ser unânime a opinião dos Ministros do Supremo Tribunal em prol do prestígio empenhado na palavra do país, escrita em tratados, assim excluídos da revogação comum, ao menos da que decorrer, apenas, implicitamente de novas normas internas (...)". Cita ainda aquele autor as palavras do Min. Oroszimbo Nonato, no sentido de que "parece-me que o Estado, vinculado, por Tratado, não pode citar lei alguma que contrariasse esse tratado (...). Enquanto não se fizer a denúncia não pode ser descumprido o tratado e a obrigação, natureza de sua observância, a não ser que se use desse meio específico, acarreta a consequência de que o estado continua preso ao tratado (...)". Conclui o notável internacionalista pátrio: "(...) a norma internacional tem sua forma própria de revogação, a denúncia, só pode ser alterada por outra norma de categoria igual ou superior, internacional, e jamais pela inferior, interna ou nacional".

Tais posições doutrinárias e jurisprudenciais nortearam o voto do Min. Xavier de Albuquerque, um trabalho de valor excepcional que merece ser relido e apreciado, e compreendido pelos juristas da atualidade.

No entanto, restou vencido o entendimento do relator, eis que os demais Ministros firmaram-se arraigadamente ora na teoria dualista,

⁴⁰ *Curso de direito internacional público*. 8. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1986. vol. 1, p. 82.

⁴¹ *Revista Trimestral de Jurisprudência* 83, p. 809-848.

⁴² *Revista Trimestral de Jurisprudência* 58, p. 70-74.

reiterando entendimento já desprestigiado pela doutrina internacional acerca da necessidade de reproduzir-se o conteúdo dos tratados por lei nacional, ora aceitando a integração, mas afirmando a impossibilidade da revogação ou invalidação de norma interna pelos tratados, em prol do igualmente desprestigiado antigo conceito de soberania. Da leitura atenta dos votos, chega-se a perceber uma nítida confusão de conceitos, de institutos diversos, inclusive atribuindo-se a Kelsen a defesa da teoria dualista ao transcrever-se parte de um texto onde o autor apenas descreve o entendimento de tal doutrina, a qual sempre repeliu.⁴³

Celso D. de Albuquerque Mello, na obra já citada, afirma de forma vigorosa, ao comentar esse julgado, que "a tendência mais recente no Brasil é a de um verdadeiro retrocesso nesta matéria. (...) A grande maioria dos votos está fundamentada em autores antigos e dualistas como é o caso de Triepel. Sustentar que a nossa Constituição é omissa nesta matéria significa apenas que a jurisprudência passa a ter um papel mais relevante, mas não que a jurisprudência possa ignorar a tendência atual do direito nesta matéria adotando uma concepção de soberania que desapareceu em 1919, pelo menos entre os juristas (...)".⁴⁴

Lamentavelmente, esse *leading case*, ao invés de proporcionar ao Judiciário a oportunidade para aprofundamento doutrinário da discussão, veio firmar precedente ao qual têm aderido os julgados mais recentes, ainda que nestes a matéria diga com a proteção de direitos fundamentais em face da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Apenas a título de ilustração, menciona-se o julgamento proferido no HC 72131-RJ e no RE 206.482-DF:

Também exemplar, à guisa de ilustração, a recente decisão proferida pelo então Presidente da nossa Corte Suprema, Min. Celso de Mello, o qual afirmou textualmente que "a ordem constitucional vigente no Brasil não pode sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro, mediante convenção internacional, ter-se-ia interditado a possibilidade de exercer, no plano

(43) Sugere-se a leitura do artigo de autoria de José Carlos de Magalhães, O Supremo Tribunal Federal e as relações entre direito interno e internacional, *Boletim Brasileiro de Direito Internacional* 61/66, anos XXXI a XXXVI, 1975/1979, publicação da Sociedade Brasileira de Direito Internacional e Departamento de Direito Internacional da FADUSP, p. 53-96.

(44) *Curso de direito internacional...*, cit., p. 81-82.

interno, a competência institucional que lhe foi outorgada expressamente pela própria Constituição 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 para delimitar a esfera de abrangência normativa dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental (...) não cabe atribuir, por efeito do que prescreve o art. 5.º, § 2.º, da Carta Política, um inexistente grau hierárquico das convenções internacionais sobre o direito positivo interno vigente no Brasil (...)".⁴⁵

De outra parte, no julgamento do HC 70.389-5-SP, a mesma Suprema Corte, ao apreciar a vigência do art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual prevê o tipo de crime de tortura, o eminente Min. Carlos Velloso afirmou que, com a ratificação e promulgação da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos Desumanos ou Degradantes (Dec. 40, de 15.02.1991), teria sido ela "incorporada ao direito positivo brasileiro (...) ou seja, temos, no direito positivo brasileiro, a definição do fato delituoso que faz nascer o crime de tortura. (...) Não sei como seria possível, em nome de um formalismo excessivo, ou um apego excessivo à letra fria da lei, exigir mais do que está posto na Convenção, que é lei interna". Ao mesmo entendimento aliou-se o não menos eminente Min. Celso de Mello, referindo-se às Convenções da ONU e Americana sobre a Tortura e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, para afirmá-las "incorporadas ao plano do direito positivo interno (Dec. 40/91, Dec. 98.386/89 e Dec. 678/92) e constituem, sob este aspecto, instrumentos normativos que, podendo e devendo ser considerados pelas autoridades nacionais, fornecem subsídios relevantes para a adequada compreensão da noção típica do crime de tortura (...)".

Deixamos anotado que, sobre tais entendimentos, lançamos algumas considerações em artigo publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*,⁴⁶ considerações essas as quais remetem especificamente à questão relativa à garantia da reserva legal. De qualquer forma, nesse caso, a Suprema Corte entendeu que o texto da Convenção

(45) HC 77.631-5 - DJ 158-E, 19.08.1998, 1.ª seção, p. 35.

(46) *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 13, São Paulo: RT, jan.-mar., 1996, p. 163-171.

contra a Tortura não só estaria incorporada no direito interno, como poderia lhe fazer as vezes, já que a tipificação do delito pela Convenção, inexistente na lei pátria, seria adotada.

Pelo que se depreende dos entendimentos vencedores, em parte contraditórios, podemos concluir que orienta-se hoje a Corte Suprema de nosso País no sentido da adoção da teoria monista, mas ressalva-se a impossibilidade de os tratados vincularem o legislador interno. Poder-se-ia dizer, usando a terminologia tradicional, que o STF, embora aceitando a imediata eficácia do tratado em nosso ordenamento interno, não se afasta do conceito tradicional da soberania quando se trata de definir a eficácia da norma interna, tanto no que diz com a vinculação do legislador interno, quanto no que diz com o *status* constitucional das normas internacionais de proteção aos direitos humanos.

3.4 Normas convencionais e normas constitucionais de direitos humanos

Se, por um lado, parece melhor equacionado, nos ordenamentos jurídicos mais modernos, o problema da integração das normas de direito internacional, e de sua interação com as normas internas, por outro não se pode desconhecer a questão envolvendo eventual descompasso entre as normas convencionais — ainda que integradas ao ordenamento jurídico interno — e normas constitucionais, especificamente em matéria de proteção a direitos fundamentais. Muitas vezes hoje advogam serem, as normas internacionais de proteção a direitos fundamentais, e de princípios do direito das gentes, limitadoras do poder constituinte dos Estados.

Georges Scelle, um dos maiores doutrinadores modernos do direito internacional, ao tratar dessa questão nova e específica afirma que “Esta supremacia necessária (dos tratados sobre as leis constitucionais) pode se provar ativamente por precedentes muito numerosos. A prática internacional tende a admitir que a legislação interna, mesmo constitucional, não pode editar normas contrárias ao direito internacional positivo; que, se há uma contrariedade entre as normas constitucionais e os tratados, as disposições constitucionais serão consideradas *ipso facto* como nulas e não reconhecidas; que enfim é impossível invocar-se as regras constitucionais para recusar-se a aplicação de um

tratado. Diremos que o assim chamado direito do Estado de se atribuir o regime constitucional que lhe agrada está sendo progressivamente limitado, e que nós vimos, ao estudar o regime das minorias, que o direito das gentes convencional prescreve aos governantes que introduzam nas suas constituições normas fundamentais específicas, sem que esta prescrição tenha necessidade de estar explícita no momento em que exista contradição entre as normas constitucionais internas e o direito internacional costumeiro. Este último derroga *ipso facto* as normas constitucionais subjacentes.”⁴⁷

Paul De Visscher faz uma abordagem abrangente do tema. Em um de seus estudos mais notáveis, observa que “(...) no momento atual, as relações internacionais não estão somente se tornando mais numerosas que no século XIX. Elas estão, acima de tudo, mais íntimas e mais técnicas, no sentido de que a regulamentação internacional penetra sem cessar na vida própria de cada Estado e de cada indivíduo (...). As constituições modernas elaboradas depois da II Guerra Mundial o foram em circunstâncias contrárias da soberania, decidiu por limitar seu exercício. É por essa razão que nós vemos hoje constituições procurando se alinhar sob as regras do direito internacional geral, como as vemos proclamar a superioridade do direito internacional sobre a lei interna, ou a superioridade do tratado sobre a lei (...)”⁴⁸

Em trabalho posterior, o autor vai mais adiante, tratando especificamente da questão referente não mais apenas à primazia do direito internacional sobre as normas internas, mas também sobre as normas das constituições dos Estados. São suas as palavras: “Nenhum Estado pode se eximir da obrigação que o sujeita a respeitar uma norma de direito internacional invocando as disposições de sua própria constituição, além daquelas da legislação interna, como vêm afirmando as sentenças arbitrais mais célebres (...). Este princípio fortemente estabelecido nada mais é que o enunciado consequente do princípio *pacta sunt servanda* que a Convenção de Viena sobre o direito dos tratados

⁴⁷⁾ *Précis de droit des gens — Principes et systématique*. Paris : Sirey, 1934. t. II, p. 356.

⁴⁸⁾ Paul De Visscher, *Les tendances internationales des constitutions modernes*. *Recueil des Cours...*, 1952. vol. II, p. 571-572.

exprime corretamente, ao dispor, em seu art. 26, que todo tratado em vigor liga as partes e deve ser executado por elas de boa-fé".⁴⁹

O problema merece reflexão, eis que, no que tange aos tratados de proteção dos direitos da pessoa, estes, segundo nosso entendimento, estariam incluídos no texto constitucional de nosso país, agregados ao rol de direitos e garantias nele expressos, tudo nos termos do art. 5.º, § 2.º, da Carta. Ora, já despontam perante nossos Tribunais casos que exigem a integração de normas convencionais e normas constitucionais, sendo que a solução até agora dada não atende, a nosso ver, a essa especificidade. Já vimos anteriormente que o STF, a partir de 1978, passou a decidir, numa súbita modificação de seu entendimento tradicional, que os tratados têm hierarquia de lei federal. No entanto, esse mesmo precedente tem sido utilizado para justificar idênticas decisões em matéria de proteção aos direitos fundamentais do ser humano, o que não nos parece ser a melhor posição.

Há autores que sugerem uma revisão constitucional no sentido de a Carta prever sejam, os tratados de proteção aos direitos humanos, sujeitos aos mesmos procedimentos legislativos de aprovação das emendas constitucionais, garantindo-se assim, expressamente, seu *status* constitucional e seu poder de revogar ou alterar as próprias disposições constitucionais. Essa é, por exemplo, a posição adotada pela Constituição espanhola de 1978, e nas de Honduras, de 1982, e Peru, de 1979, depois alterada. Não sem motivo, Colliard chama a atenção para o fato de "se o princípio da superioridade de tratados sobre a lei interna ordinária vem admitido no direito positivo de certos Estados, a questão é mais delicada em relação às normas constitucionais. Com efeito, a elaboração de uma norma constitucional supõe procedimento que, salvo na hipótese das constituições flexíveis, é diferente do processo legislativo ordinário. O princípio da correspondência das formas parece trazer como consequência o entendimento de que o tratado não pode ser superior à norma constitucional, a menos que tenham sido respeitados os procedimentos próprios concernentes à modificação da constituição (...)"⁵⁰

Não nos parece a melhor solução, já que, num primeiro momento,

estar-se-ia reconhecendo a não integração de tais normas convencionais ao texto constitucional, negando-lhes o *status* que hoje se advoga.

Por outro lado, a própria hipótese de conflito entre normas de proteção aos direitos fundamentais, no corpo de uma constituição, parece encontrar solução nos mecanismos já existentes nas regras gerais de hermenêutica, sejam os tradicionais, sejam os reconhecidos por regras próprias, entre elas aquela segundo a qual se deve levar em conta o valor de que decorre a norma, e a unidade de sentido a se extrair do texto constitucional. José Carlos Vieira de Andrade, grande constitucionalista português, dá como exemplo dessa unidade de sentido a questão referente à dignidade do ser humano, tida como princípio regulativo primário dos direitos fundamentais. Na hipótese, pois, de interpretação de norma constitucional de proteção ao ser humano, o princípio *in dubio pro libertate* deve considerar-se igualmente princípio geral. Havendo pois conflito, deve optar-se pela solução menos restritiva ou menos onerosa para a esfera de livre atuação individual.⁵¹

Robert Alexy, em alentado estudo sobre a teoria geral dos direitos fundamentais, destaca vários capítulos para o estudo dos juízos de valor que devem ser aprofundados quando se tem em mãos conflitos entre regras e princípios dessa proteção. Demonstra que "no âmbito do direito constitucional, o problema da fundamentação pode ser importante, por exemplo, dentro do marco das chamadas normas constitucionais inconstitucionais (...)"⁵² Parte o autor da certeza de que disposições fundamentais não são exclusivamente aquelas contidas no texto da lei fundamental, ou, em suas palavras, no "enunciado normativo de direito fundamental".

Canotilho, por sua vez, leciona que os direitos fundamentais consagrados e reconhecidos pela constituição podem ser designados como direitos fundamentais formalmente constitucionais, mas que a constituição admite "porém, outros direitos fundamentais constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. Em virtude de as normas que os reconhecem não terem a forma constitucional, estes direitos são chamados direitos materialmente fundamentais

(49) Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1987. p. 119-135.

(50) Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 32.

(49) Paul De Visser. Cours général de droit international public. Recueil des Cours... 1972, vol. II, p. 26-27.

(50) Claude-Albert Colliard. Institution des relations internationales. 7. ed. Paris: Dalloz, 1978. p. 258.

(...)." ⁵³ Embora não advogue serem, estas últimas, normas constitucionais *stricto sensu*, a leitura de sua obra nos leva a crer que o reconhecido constitucionalista não as distingue quando trata da questão relativa às colissões de direitos fundamentais. E, nesse capítulo, aponta para as regras de solução dos conflitos, centradas nos juízos de "harmonização de direitos e, no caso de isso ser necessário, na prevalência (ou relação de prevalência) de um direito ou bem em relação ao outro." ⁵⁴ A solução do direito português, em casos de conflitos entre normas de direito interno e de direito internacional, ainda não está firmada de maneira uniforme, tendo em vista a opção legal de se atribuir ao Tribunal Constitucional a competência para verificar se a norma convencional faz parte do direito interno, se cria direitos e deveres para particulares, e qualificar essa norma para efeitos de inserção no plano da hierarquia das fontes de direito. ⁵⁵

No entanto, lembra Jorge Miranda que o art. 16, n. 2, da Constituição portuguesa, manda "interpretar os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais de harmonia com a Declaração Universal." Assim, colissões de direitos ou eventuais conflitos e limitações ao exercício dos direitos fundamentais devem ser resolvidos pelo critério da "proporcionalidade nas suas três vertentes de necessidade, de adequação ou correspondência de meios a fins e de racionalidade — só são admissíveis limites que sejam necessários, adequados e proporcionados em face dos princípios constantes da Declaração (...)." ⁵⁶ Entre nós, Paulo Bonavides dedica capítulo de sua obra ao estudo do princípio da proporcionalidade, concluindo que "a esta altura, o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do direito constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de Direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do Estado no quadro da juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. A ele não poderia ficar estranho,

⁵³ J. J. Gomes Canotilho. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 528.

⁵⁴ Idem, p. 646.

⁵⁵ Idem, p. 1.102-1.103.

⁵⁶ Jorge Miranda. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. t. IV, p. 272-274.

pois, o direito constitucional brasileiro". ⁵⁷

É ainda princípio do direito internacional dos direitos humanos que eventuais conflitos entre normas de proteção e garantia das pessoas devem se resolver sempre pela norma que mais proteja a vítima da lesão, ou seja, a norma mais benéfica. A esse respeito, escrevendo sobre a reforma da Constituição argentina de 1994, Vega e Graham lembram que o art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados estabelece que uma parte não poderá invocar as disposições de seu direito interno como justificação do descumprimento de um tratado. No entendimento desses autores, as próprias constituições dos Estados signatários estão incluídas na menção 'disposições de direito interno'. De resto, sustentam que, tratando-se de direitos fundamentais, vigem em toda sua plenitude o princípio *pro hominis*, traduzido nas disposições dos arts. 5.º, 2.º, do Pacto de Direitos Cíveis e Políticos, e 29, b e d, da Convenção Americana. À luz desse princípio, "deve aplicar-se sempre a norma mais ampla e utilizar-se a interpretação extensiva quando se trata de reconhecer ou consagrar um direito, e, ao contrário, a norma e interpretação restrita quando se trata de limitá-lo". ⁵⁸

A coexistência de princípios em instrumentos diversos existe exatamente para ampliar o grau de eficácia da proteção aos direitos e garantias fundamentais.

3.5 Especificidade das normas de proteção aos direitos humanos

Como visto, a questão relativa ao *status* das normas internacionais de proteção aos direitos fundamentais está longe de encontrar respostas uniformes nos textos legais, na doutrina e na jurisprudência dos países do mundo ocidental. Muitas vezes, os dispositivos das leis constitucionais são vagos e geram ambigüidades na sua interpretação. Assim, se dúvidas surgem quando se trata de submeter às Cortes nacionais litígios envolvendo conflitos entre as normas internas e aquelas decorrentes de tratados regularmente incorporados ao direito interno, estas se adensam quando em discussão normas constitucionais, nelas compreendidas as decorrentes

⁵⁷ *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 397.

⁵⁸ Juan Carlos Vega e Mariana Adriana Graham. *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales...*, cit., p. 40.

de tratados de proteção à pessoa.

Para as Cortes internacionais, não há mais espaço para controvérsias, posto que o direito dos tratados explicita a prevalência dos compromissos internacionais assumidos de boa-fé pelos Estados sobre quaisquer normas internas desses mesmos Estados, inclusive as constitucionais. Travieso lembra diversas decisões da Corte Permanente de Justiça, destacando dentre elas a proferida no caso das zonas francas de Gex, onde se declarou que a França não poderia apoiar-se em sua própria legislação para limitar o alcance de suas obrigações internacionais, e que tal dispositivo vale também em relação às leis constitucionais opostas ao direito internacional.⁵⁹

No direito brasileiro, também não vemos espaço para controvérsias. O § 2.º do art. 5.º da CF nos parece claro na determinação da inserção, no rol de direitos e garantias previstos no seu próprio corpo, das normas internacionais de proteção aos direitos fundamentais. A incorporação pelo texto constitucional dessas normas internacionais é inequívoca.

Cançado Trindade é expresso: "(...) os direitos humanos consagrados em tratados de direitos humanos em que o Brasil seja parte incorporam-se *ipso facto* ao direito interno brasileiro, no âmbito do qual passam a ter 'aplicação imediata' (art. 5, I), da mesma forma e no mesmo nível que os direitos constitucionalmente assegurados. (...) A mesma natureza e o caráter especial dos tratados de direitos humanos encontram-se, assim, devidamente reconhecidos pela Constituição brasileira vigente".⁶⁰

Flávia Piovesan divisa a opção do legislador constituinte não só na clareza do texto constitucional, mas igualmente no reconhecimento do conteúdo materialmente constitucional dos direitos fundamentais. Assim, "a Constituição assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. (...) A constituição lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previstos pelo texto constitucional".⁶¹

⁵⁹ *Derechos humanos*..., cit., p. 119.

⁶⁰ A. A. Cançado Trindade. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. cit., p. 234.

Não bastasse a clareza do texto constitucional, não se pode olvidar a natureza imperativa das normas de proteção à pessoa, normas essas que, ao lado de princípios como o *pacta sunt servanda*, integram o chamado *jus cogens*, normas obrigatórias que não admitem derrogação, produzindo efeitos *erga omnes*. Não se pode hoje admitir o poder ilimitado do legislador constituinte. Não se compadecer, o mais formalista dos constitucionalistas, com a idéia de que poderia o constituinte originário, a exemplo, consagrar em novo texto constitucional a legalização da escravidão, a autorização para a prática de atos de genocídio, a institucionalização da tortura como meio válido de obtenção de provas de um crime, ou critérios discriminatórios para o exercício de direitos como o de ocupar cargos públicos ou eletivos.

Os exemplos de constituições autoritárias que pretensamente legitimaram o horror dos acontecimentos históricos deste século, como o genocídio praticado na II Guerra, levaram, com vigor, filósofos e juristas a defender a existência de um núcleo inderrogável e inalienável de direitos fundamentais, direitos existentes além das constituições dos Estados. Nessa esteira, surge também a vigorosa defesa da existência de *normas constitucionais inconstitucionais*, bem retratada na singular obra de Otto Baschhof, e que ainda não foi amplamente debatida pelos mais renomados constitucionalistas. Talvez exatamente por isso, os argumentos levantados em defesa da tese, em princípio, seduzem. Confirma o autor que "o Tribunal Constitucional Federal, do mesmo modo que outros tribunais alemães, reconheceu em várias decisões a existência de um direito 'suprapositivo', obrigando também o legislador constituinte. Considera-se ele competente para afetar por esse direito o direito escrito. Também uma norma constitucional pode ser nula, se desrespeitar em medida insuportável os postulados fundamentais da justiça".⁶² Desta forma, e afirmando a existência de direitos suprapositivos (conceito que não se esgota no recurso ao direito natural), é eventualmente possível que uma norma da constituição infraja esse direito suprapositivo se, a exemplo, mesmo contendo o reconhecimento de que os *direitos invioláveis e inalienáveis do homem* são parte integrante da norma constitucional, preveja ela mesma norma que infraja qualquer direito inviolável do ser humano.

⁶¹ *Derechos humanos e o direito constitucional internacional*..., cit., p. 82-86.

⁶² *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 1994, p. 3.

Assim, se nos afastarmos do conceito puramente formal de Constituição, podemos afirmar a existência de um direito suprapositivo ou, ao menos, a de direitos materialmente constitucionais — o que aliás nem o noga Canotilho — que integram o quadro normativo fundamental de uma nação democrática. Refere-se Baschof, em notas de rodapé, a decisões que reconhecem que "(...) de resto, os direitos fundamentais elementares têm uma força obrigatória anterior a todo direito positivo (...) o legislador constitucional se encontra vinculado ao 'direito', a cuja essência e conteúdo de sentido pertence o servir os valores éticos da dignidade humana e da justiça e, portanto, da liberdade. Todo o poder do Estado — e, por consequência também o poder constituinte — está de antemão limitado pela idéia de direito (...)".⁶³

Portanto, na hipótese de conflitos entre normas de proteção a direitos fundamentais, formal ou materialmente inscritas na nossa Constituição, o jurista há de seguir as regras de interpretação próprias do direito, sem olvidar as regras específicas para interpretação dessas normas de proteção, como anteriormente já mencionado. Prevalecem, assim, as normas mais favoráveis ao indivíduo, com a interpretação ampliativa das regras consagradoras de direitos e restritiva das regras limitadoras, e as consagradoras de princípios sobre as regras reguladoras do exercício de direitos. Como bem resume Maria Helena Diniz a qual, ao invés de *conflicto*, prefere a expressão *antínomia*, a hipótese resolve-se não só pelo recurso à interpretação equitativa, "que recorra ao costume, princípios gerais de direitos etc. (...) " mas também pela prevalência do princípio sobre a regra, expressando a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, para quem "violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo um sistema de comandos". Assim, conclui a autora, deve a antinomia ser afastada por meio de interpretação corretiva, a qual faça prevalecer o princípio.⁶⁴

3.6 Conclusões

⁶³ Idem, p. 25-26.

⁶⁴ Norma constitucional e seus efeitos. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 112-119.

Gerson de Brito Mello Bosen, na sua mais recente obra, refere-se à discussão sobre a primazia do direito internacional sobre o direito interno como de "adolescência jurídica". Prefere o autor o conceito de *integração* da normatividade dos dois sistemas, "por consequência da constitucionalização do direito das gentes e, correspondentemente, internacionalização do direito constitucional dos Estados, membros da sociedade internacional, nas suas normas essenciais (...)".⁶⁵

Ao comentar o art. 5.º, § 2.º, da CF, Celso D. de Albuquerque Mello traz, como primeiro comentário, que "a Constituição incorporou ao direito interno os tratados internacionais sobre direitos humanos. Esta incorporação é uma redundância e, na verdade, supérflua, tendo em vista que os tratados dos quais o Brasil faz 'parte' já são obrigatórios com ou sem o dispositivo acima. Ele é um verdadeiro pleonismo. Entretanto, algo realizado com o intuito que reconheçamos humanidade, pode se transformar em algo perigoso. É que em países onde há uma incorporação pura e simples o tratado é equiparado à lei e, erroneamente, se afirma que a lei posterior pode revogar o tratado que seria uma lei anterior. Na verdade, os direitos humanos têm a nosso ver um *status* especial na ordem jurídica internacional e deve predominar sempre".⁶⁶ Canguado Trindade, que entende superada a questão da primazia de um ou outro ordenamento quando se trata de direitos humanos, chega a concluir que "resulta claro que a tese da paridade entre os tratados internacionais e a legislação infraconstitucional no patete de incongruências irremediáveis e mostra-se inaplicável no tocante aos tratados de direitos humanos. (...) De sua própria natureza jurídica resulta o primado dos direitos que consagram (...)".⁶⁷

Fernando Urioste Braga também reconhece a especificidade dos tratados de proteção a direitos fundamentais, assegurando que se distinguem dos demais, tanto no aspecto material como formal. A sua vinculação ao fenômeno da organização internacional e o corolário do controle internacional são provas inquestionáveis dessa especificidade.⁶⁸

⁶⁵ *Constitucionalização do direito internacional — Internacionalização do direito constitucional — Direito constitucional brasileiro — Os caminhos da paz*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 170.

⁶⁶ *Direito constitucional internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 188.

⁶⁷ A. A. Canguado Trindade. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. Brasília: Universidade de Brasília, 1998, p. 136-137.

Mesmo aderindo integralmente às palavras dos juristas acima citados, cremos necessário apresentar um resumo conclusivo deste capítulo de nosso trabalho, ainda impregnado das noções e conceitos superados de que ainda se valera a doutrina e jurisprudência pátrias no atual momento. A proposital escolha da polémica tradicional deriva exatamente de ser ela o núcleo das discussões de nossos Tribunais. Assim, e de uma forma que nos permita ir adiante na análise de exemplos concretos de conflito entre normas constitucionais, normas processuais penais, e normas convencionais, especialmente da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, dentro do quadro normativo brasileiro, desenvolvemos em poucas linhas essas conclusões.

A primeira delas é no sentido de entendermos que o Brasil adota o sistema monista de introdução de regras de direito internacional na legislação interna. O decreto legislativo de aprovação do texto, bem como o decreto de promulgação que assinala o início da vigência do tratado no ordenamento interno, não traduzem a necessidade de edição de lei ordinária que reitere os termos do tratado. De outro lado, a jurisprudência tem seguido a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que o tratado, regularmente inserido no ordenamento interno, tem *status* de lei federal. Adota portanto, a jurisprudência, a prevalência do direito interno quando este for superior à adoção do tratado, contrariando os princípios cogentes da *boa-fé* e do *pacta sunt servanda*, além de normas expressas do Tratado de Havana e do Tratado de Viena sobre Direito dos Tratados. Tal posição coloca o Brasil como infrator de obrigações internacionais, sujeitando-o às consequências decorrentes das infrações.

Em segundo lugar, temos por certo possuírem as normas de proteção aos direitos do homem, formalmente, *status* diferenciado dentro do ordenamento jurídico interno brasileiro, eis que expressamente incorporadas ao rol de direitos e garantias fundamentais previsto na Constituição Federal, nos exatos termos do art. 5.º, § 2.º, da lei maior. Ainda que não estivesse expresso o dispositivo, prevaleceria o entendimento de serem, as normas de proteção aos direitos humanos, normas *materialmente constitucionais*, e, portanto, oponíveis às da legislação infraconstitucional. Desta forma, revogam a legislação infraconstitucional anterior, e vinculam o legislador futuro. Como bem

(68) *Natureza jurídica de la protección...*, cit., p. 12.

assinado por Paulo Bonavides, "os direitos fundamentais são a bússola das Constituições. A pior das inconstitucionalidades não deriva, porém, da inconstitucionalidade formal, mas da inconstitucionalidade material. (...) Não há constitucionalismo sem direitos fundamentais. Tampouco há direitos fundamentais sem a constitucionalidade de ordem material, cujo norte leva ao princípio da igualdade, pedestal de todos os valores sociais de justiça".⁶⁹

Por fim, e exatamente em razão do fato de as normas de proteção e garantia de direitos fundamentais terem *status* constitucional, devem a doutrina e, principalmente, a jurisprudência, cuidar de resolver eventuais conflitos ou antinomias que possam surgir entre normas decorrentes da incorporação dos tratados e dispositivos elencados no texto constitucional. Assim, relevando-se a fonte, deve a solução atender aos princípios da equidade, interpretando-se as normas em conflito de forma a prevalecer no caso concreto a que for mais favorável ao indivíduo, a que decorra de princípios, ou a que amplie os direitos, tudo para se preservar o próprio sistema de proteção aos seres humanos. Como assinalado com firme agudeza por Fabio Comparato, "a tendência predominante, hoje, é no sentido de se considerar que as normas internacionais de direitos humanos, pelo fato de expressarem de certa forma a consciência ética universal, estão acima do ordenamento jurídico de cada Estado. (...) Seja como for, vai-se afirmando hoje na doutrina a tese de que, na hipótese de conflitos entre regras internacionais e internas, em matéria de direitos humanos, há de prevalecer sempre a regra mais favorável ao sujeito de direito, pois a proteção da dignidade da pessoa humana é a finalidade última e a razão de ser de todo o sistema jurídico".⁷⁰

(69) *Curso de direito constitucional...*, cit., p. 553-554.

(70) *A afirmação histórica dos direitos humanos*, cit., p. 48-49.