

FLÁVIA PIOVESAN

Flávia Piovesan é professora doutora da Faculdade de Direito da PUCSP nas disciplinas de Direito Constitucional e de Direitos Humanos. É professora de Direitos Humanos do Curso de Pós-Graduação da PUCSP e da PUCPR. Professora do Programa de Doutorado em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Universidade Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha). Mestre e doutora em Direito Constitucional pela PUCSP, tendo desenvolvido seu doutoramento na Harvard Law School, na qualidade de *visiting fellow* do Human Rights Program, em 1995, tendo a este programa retornado em 2000 e 2002. Foi *visiting fellow* do Centre for Brazilian Studies, na University of Oxford, em 2005. Foi *visiting fellow* do Max-Planck-Institute for Comparative Public Law and International Law, em Heidelberg, em 2007 e 2008, sendo atualmente *Humboldt Foundation Georg Forster Research Fellow* (2009-2011) no Max-Planck-Institute for Comparative Public Law and International Law. É procuradora do Estado de São Paulo desde 1991, tendo sido a primeira colocada no concurso de ingresso. Foi coordenadora do Grupo de Trabalho de Direitos Humanos da Procuradoria-Geral do Estado de 1996 a 2001.

Membro do Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH), da Comissão Justiça e Paz, da Associação dos Constitucionalistas Democráticos, da SUR – Human Rights University Network e do *governing board* da International Association of the Law Schools (IALS). Membro da UN High Level Task Force on the implementation of the right to development e do OAS Working Group para o monitoramento do Protocolo de San Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais.

Foi observadora das Nações Unidas na 42ª sessão da Comissão do Status da Mulher. Recebeu menção honrosa do Prêmio Franz de Castro Holzwarth, conferido pela Comissão de Direitos Humanos da OAB/SP em 1997. Assessora científica da FAPESP (Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo) e consultora *ad hoc* do CNPq. Tem prestado consultoria em direitos humanos para a Fundação Ford, Fundação Heinrich Böll; European Human Rights Foundation; United Nations High Commissioner for Human Rights; e Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

É autora dos livros *Temas de direitos humanos; Direitos humanos e justiça internacional; e Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. Coautora do livro *A figura/personagem mulher em processos de família*. Coorganizadora dos livros *Direito, cidadania e justiça; O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro; Nos limites da vida; Ordem jurídica e igualdade étnico-racial; Direito humano à alimentação adequada; Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação; Direitos humanos, igualdade e diferença; Direitos humanos: proteção nacional, regional e global; Direitos humanos e direito do trabalho; e Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Coordenadora dos livros *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional; Direitos humanos – volume 1; e Código de direito internacional dos direitos humanos anotado*. Tem diversos artigos publicados em jornais, revistas e livros jurídicos.

Tem participado de conferências, seminários e cursos sobre temas de direitos humanos no Brasil e no exterior, particularmente na Alemanha, Áustria, Argentina, Bolívia, Uruguai, Peru, Venezuela, Costa Rica, México, Estados Unidos, Canadá, Índia, Turquia, Zimbábue, África do Sul, Portugal, Espanha, França, Bélgica, Holanda, Suíça e Inglaterra.

DIREITOS HUMANOS e o Direito Constitucional Internacional

13ª edição, revista e atualizada

2012





Rua Henrique Schaumann, 370 - Gequemi Lacer - São Paulo - SP
 CEP: 05413-909
 Fone: (11) 3613-5000
 SAC UR: 0800 055 7698
 De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30
 sum@editora.com.br
 Acesso: www.saraiva.com.br

FIÉLIS

AMAZONAS/RODRIGUES/DALMAZ/ACRE
 Rua Costa Branca, 55 - Centro
 Fone: (81) 348-4422 - Fax: (92) 563-5170 - Manaus

BAHIA/SERIFE
 Rua Augusto Dias, 23 - Babilas
 Fone: (71) 3301-5554 / 3301-5895
 Fax: (71) 3301-0959 - Salvador

BAURÍ/SÃO PAULO
 Rua Macaé, 400 - 2.º andar - Centro
 Fone: (11) 3231-5645 - Fax: (11) 3234-7401 - Bauri

CEARÁ/PRAIA/MARANHÃO
 Av. Flávio Gomes, 670 - Juruazeira
 Fone: (85) 3258-2323 / 3238-1364
 Fax: (85) 3238-3331 - Fortaleza

DISTRITO FEDERAL
 SIA/SUL Alameda 2, Lote 830 - Setor de Indústria e Abastecimento
 Fone: (61) 3344-9201 / 3344-2951
 Fax: (61) 3344-1701 - Brasília

GOUVÍAS/GOIÁS
 Av. Independência, 5130 - Setor Aeroporto
 Fone: (62) 3225-2827 / 3212-2806
 Fax: (62) 3224-3001 - Goiânia

MAT. GRUPO SÓC. SUI/ALGO. GRUPO SUI
 Rua 14 de Julho, 3148 - Centro
 Fone: (67) 3387-3682 - Fax: (67) 3387-0112 - Campo Grande

MINAS/ESCRIS
 Rua Mem de Sá, 449 - Lapa Nova
 Fone: (31) 3479-8300 - Fax: (31) 3479-8310 - Belo Horizonte

PARÁ/AMAJÁ
 Imprensa Mangueiras, 185 - Bairro Limoeiro
 Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9035
 Fax: (91) 3247-0999 - Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA
 Rua Conselheiro Guimarães, 2095 - Foz de Iguazú
 Fone/Fax: (41) 3332-4894 - Curitiba

PERNAMBUCO/PARABÁ/R. G. DO NORTE/ALAGOAS
 Rua General do Brasil, 185 - Bon Viém
 Fone: (81) 3421-4246 - Fax: (81) 3421-4510 - Recife

RIBEIRÃO PRETO/SÃO PAULO
 Av. Francisco Junqueira, 1255 - Centro
 Fone: (16) 3610-9843 - Fax: (16) 3610-9284 - Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO
 Rua Visconde de Santa Isabel, 113 e 119 - Vila Isabel
 Fone: (21) 2577-9494 - Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 - Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL
 Av. A. J. Kemmer, 231 - Fompoços
 Fone/Fax: (51) 3371-4601 / 3371-1467 / 3371-1567
 Porto Alegre

SÃO PAULO
 Av. América, 97 - Bela Terra
 Fone: FIBX (11) 3616-3666 - São Paulo

199-508.013.001

ISBN 978-85-02-14327-2

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
 (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Provean, Elvira
 Direitos humanos e o direito constitucional
 internacional / Elvira Provean. — 13. ed., rev. e atual.
 — São Paulo: Saraiva, 2012.
 Bibliografia.
 1. Direito (constitucional) 2. Direitos humanos
 (Direito internacional) I. Título.
 CDD342.555 CDD342.555.013.013.012

Índice para catálogo sistemático:

1. Direitos humanos e direito constitucional
 internacional 347.121.1:341.342

Diretor editorial: Luiz Roberto Cutia
Gerente de produção editorial: Lúgia Alves
Editor: Jônatas Junqueira de Mello
Assistente editorial: Sirlene Miranda de Sales
Produtora editorial: Cláudia Boraschi Miana
Preparação de originais: Ana Carolina Garcia
Arte e diagramação: Líana Gonika Brito Coleracci
Ilustração: Cristina Aparecida Aguiar de Evangelis
Mônica Landi
Revisão de provas: Rita de Cassia Queiroz Gorgatti
Renato Medeiros
Serviços editoriais: Camilla Artoli Loureiro
Monia Cecília Coutinho Martins
Imagem de capa: Stock Photos
The red vineyard — Van Gogh (óleo sobre tela, 1888)
Produção gráfica: Natli Rampim
Impressão: Gráfica Salesiana
Acatamento: Gráfica Salesiana

Data de fechamento da edição: 17-10-2011

Dúvidas?
 Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida
 por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da
 Editora Saraiva.
 A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na
 Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

“It is true that we cannot be visionaries until we become realists. It is also true that to become realists we must make ourselves into visionaries.”

(Roberto Mangabeira Unger, *What should legal analysis become?*, Cambridge, Harvard Law School, 1995, p. 356-357)

legítima preocupação e interesse da comunidade internacional. Os direitos humanos, nessa concepção, surgem para a Carta de 1988 como tema global.

Cabe ainda considerar que o princípio da prevalência dos direitos humanos contribuiu substancialmente para o sucesso da ratificação, pelo Estado brasileiro, de instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. Como ponderou o então Ministro Celso Lafer: "O princípio da prevalência dos direitos humanos foi um argumento constitucional politicamente importante para obter no Congresso a tramitação da Convenção Americana dos Direitos Humanos — o Pacto de San José. Foi em função dessa tramitação que logrei depositar na sede da OEA, nos últimos dias de minha gestão (25-09-92), o instrumento correspondente de adesão do Brasil a este significativo Pacto"⁵⁵.

Para o estudo das relações entre a Constituição de 1988 e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, também de extrema relevância é o alcance da previsão do art. 5º, § 2º, da Carta de 1988, ao determinar que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Esse dispositivo, que será examinado a seguir, tece a interação entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional dos direitos humanos.

CAPÍTULO IV

A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

a) Breves considerações sobre os tratados internacionais

Antes mesmo de enfocar a disciplina constitucional conferida aos tratados internacionais de direitos humanos, faz-se necessário abordar, ainda que brevemente, o significado jurídico dos tratados internacionais — seu conceito, seu processo de formação e seus efeitos. Tais considerações auxiliarão não apenas a análise a respeito da Constituição de 1988 e dos tratados internacionais de direitos humanos, mas em especial o estudo do impacto jurídico desses tratados no Direito interno brasileiro.

Comença-se por afirmar que os tratados internacionais, enquanto acordos internacionais juridicamente obrigatórios e vinculantes (*pacta sunt servanda*), constituem hoje a principal fonte de obrigação do Direito Internacional¹. Foi com o crescente positivismo internacional que os tratados se tornaram a fonte maior de obrigação no plano internacional, papel até então reservado ao costume internacional. Tal como no âmbito interno, em virtude do movimento do Pós-Positivismo², os princípios gerais de direito passam a ganhar cada vez maior relevância como fonte do Direito Internacional na ordem contemporânea.

1. Sobre o Direito Internacional, comenta Luís-Henkin: "O Direito Internacional é um sistema legal conceitualmente próprio e distinto, independente dos sistemas nacionais com os quais ele interage. É um sistema legal que constitui o Direito de uma ordem política internacional. Possui seus procedimentos próprios relativos à elaboração e aplicação normativa. Há uma filosofia e uma sociologia de Direito Internacional e o começo de uma criminologia" (Louis Henkin et al., *Internationál Law*, p. XVII-XXXI). Note-se que o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça estabelece como fontes do Direito Internacional: a) os tratados internacionais; b) o costume internacional; c) os princípios gerais de direito; e d) as decisões judiciais e a doutrina.

2. A respeito, ver reflexões desenvolvidas no tópico "A Constituição brasileira de 1988 e a institucionalização dos direitos e garantias fundamentais", no Capítulo III deste livro.

55. Celso Lafer, prefácio ao livro de Pedro Dallari, *Constituição e relações exteriores*, p. XIX.

Na definição de Louis Henkin: "O termo 'tratado' é geralmente usado para se referir aos acordos obrigatórios celebrados entre sujeitos de Direito Internacional, que são regulados pelo Direito Internacional. Além do termo 'tratado', diversas outras denominações são usadas para se referir aos acordos internacionais. As mais comuns são Convenção, Pacto, Protocolo, Carta, Convênio, como também Tratado ou Acordo Internacional. Alguns termos são usados para denotar solenidade (por exemplo, Pacto ou Carta) ou a natureza suplementar do acordo (Protocolo)"³.

Não necessariamente os tratados internacionais consagram novas regras de Direito Internacional. Por vezes, acabam por codificar regras preexistentes, consolidadas pelo costume internacional, ou, ainda, optam por modificá-las⁴.

A necessidade de disciplinar e regular o processo de formação dos tratados internacionais resultou na elaboração da Convenção de Viena, concluída em 1969, que teve por finalidade servir como a Lei dos Tratados⁵. Contudo, limitou-se aos tratados celebrados entre os Estados, não envolvendo aqueles dos quais participam organizações internacionais⁶. Como atenta Rebecca M. M. Wallace: "Para os fins da Convenção, o termo 'tratado' significa um acordo internacional concluído entre Estados, na forma escrita e regulado pelo Direito Internacional"⁷. Nesse sentido, cabe observar

3. Henkin, *International law*, p. 416. No mesmo sentido, afirma Rebecca M. M. Wallace: "O termo tratado é um termo genérico, usado para incluir as convenções, os acordos, os protocolos e a troca de instrumentos. O Direito Internacional não distingue os acordos identificados como tratados, dos outros acordos. O termo escolhido para se referir a um acordo não é em si mesmo importante e não apresenta maior consequência jurídica" (*International law: a student introduction*, p. 197).

4. Sobre a relação entre tratados e costumes internacionais, atenta Henkin: "As duas fontes do Direito Internacional ou do processo de criação do Direito Internacional são absolutamente relacionadas. Por exemplo, importante é a questão de saber em que medida um tratado pode ser interpretado à luz de um costume preexistente, ou se o tratado objetiva ser um ato 'declaratório' de um direito costumeiro preexistente, ou ainda um ato que busque alterar o mesmo" (*International law*, p. 101).

5. A Convenção de Viena foi concluída em 23 de maio de 1969. Até agosto de 2006, contava com 107 Estados-partes. O Brasil assinou a Convenção em 23 de maio de 1969, mas ainda não a ratificou.

6. Cada vez mais a ordem internacional contempla tratados entre Estados e organizações internacionais e organizações internacionais entre si. Esse fato rompeu com a noção tradicional de que o tratado era exclusivamente um acordo entre Estados, substituindo-a pela noção de que é um acordo entre dois ou mais sujeitos de Direito Internacional.

7. Rebecca M. M. Wallace, *International law*, p. 197. No dizer de Arnaldo Süssekind: "A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados conceitua o tratado como o 'acordo

que esta análise ficará restrita tão somente aos tratados celebrados pelos Estados, já que são estes os tratados que importam para o estudo do sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

Se assim é, a primeira regra a ser fixada é a de que os tratados internacionais só se aplicam aos Estados-partes, ou seja, aos Estados que expressamente consentiram em sua adoção⁸. Os tratados não podem criar obrigações para os Estados que neles não consentiram, ao menos que preceitos constantes do tratado tenham sido incorporados pelo costume internacional. Como dispõe a Convenção de Viena: "Todo tratado em vigor é obrigatório em relação às partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé". Acrescenta o art. 27 da Convenção: "Uma parte não pode invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado". Consagra-se, assim, o princípio da boa-fé, pelo qual cabe ao Estado conferir plena observância ao tratado de que é parte, na medida em que, no livre exercício de sua soberania, o Estado contraiu obrigações jurídicas no plano internacional⁹.

internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional; constante de um instrumento único ou de dois ou mais instrumentos conexos e qualquer que seja sua denominação particular" (art. 2º, n. I, alínea "a") (Arnaldo Süssekind, *Direito internacional do trabalho*, p. 38). Sobre os tratados multilaterais, leciona o mesmo autor: "Entende-se por tratado multilateral o tratado que, com base nas suas estipulações ou nas de um instrumento conexo, haja sido aberto à participação de qualquer Estado, sem restrição, ou de um considerável número de partes e que tem por objeto declarado estabelecer normas gerais de Direito Internacional ou tratar, de modo geral, de questões de interesse comum" (*Anuário da Comissão de Direito Internacional*, New York, 1962, v. 2, p. 36, apud Arnaldo Süssekind, *Direito internacional do trabalho*, p. 38). Na visão de João Grandino Rodas: "Dos inúmeros conceitos doutrinários existentes sobre tratado internacional é particularmente elucidativo o fornecido por Reuter: 'uma manifestação de vontades concordantes imputável a dois ou mais sujeitos de Direito Internacional e destinada a produzir efeitos jurídicos, segundo as regras do Direito Internacional'" (Tratados internacionais: sua executoriedade no direito interno brasileiro, *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, n. 21, p. 313).

8. O art. 6º da Convenção de Viena estabelece: "Todo Estado possui capacidade para concluir tratados".

9. Observe-se que o art. 3º, § 1º, da Convenção de Viena reforça o princípio da boa-fé, ao determinar: "Um tratado deve ser interpretado de boa-fé e de acordo com o significado de seus termos em seu contexto, à luz de seu objeto e propósitos". Sobre a matéria, afirma Antônio Augusto Cançado Trindade: "Como em outros campos do Direito Internacional, no domínio da proteção internacional dos direitos humanos os Estados contraem obrigações internacionais no livre e pleno exercício de sua soberania, e uma vez que o tenham feito não podem invocar dificuldades de ordem interna ou constitucional de modo a tentar justificar o não cumprimento destas obrigações. Pode-se recordar o dispositivo da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 nesse sentido (art. 27)" (*A proteção internacional dos direitos humanos*, p. 47).

Enfatize-se que os tratados são, por excelência, expressão de consenso. Apenas pela via do consenso podem os tratados criar obrigações legais, uma vez que Estados soberanos, ao aceitá-los, comprometem-se a respeitá-los. A exigência de consenso é prevista pelo art. 52 da Convenção de Viena, quando dispõe que o tratado será nulo se a sua aprovação for obtida mediante ameaça ou pelo uso da força, em violação aos princípios de Direito Internacional consagrados pela Carta da ONU.

Em geral, os tratados permitem sejam formuladas reservas, o que pode contribuir para a adesão de maior número de Estados¹⁰. Nos termos da Convenção de Viena, as reservas constituem "uma declaração unilateral feita pelo Estado, quando da assinatura, ratificação, acesso, adesão ou aprovação de um tratado, com o propósito de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas previsões do tratado, quando de sua aplicação naquele Estado". Entretanto, são inadmissíveis as reservas que se mostrem incompatíveis com o objeto e propósito do tratado, nos termos do art. 19 da Convenção¹¹.

b) O processo de formação dos tratados internacionais

A sistemática concernente ao exercício do poder de celebrar tratados é deixada a critério de cada Estado. Por isso, as exigências constitucionais relativas ao processo de formação dos tratados variam significativamente¹².

10. Como afirma Henkin: "É evidente que, em casos particulares, as reservas permitem a um Estado participar de um tratado que, se assim não o fosse, não participaria. Entretanto, as reservas dão ensejo a disputas, quando são usadas por certos Estados no sentido de enfraquecer, substancialmente, o efeito das Convenções, de forma incompatível com o objeto e o propósito do tratado" (*International Law*, p. 457).

11. A Convenção de Viena permite reservas, salvo nas hipóteses previstas pelo art. 19 da Convenção, que prescreve: "Um Estado poderá formular uma reserva no momento de assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado ou de aderir ao mesmo, a menos: a) que a reserva esteja proibida pelo tratado; b) que o tratado disponha que possam ser feitas apenas determinadas reservas e dentre as quais não figure a reserva de que se trate; ou c) que, nos casos previstos nas alíneas 'a' e 'b', a reserva seja incompatível com o objeto e o fim do tratado". Como observa Rebecca M. Wallace, "a incompatibilidade com o objeto ou propósito do tratado pode se referir tanto a previsões substanciais do tratado, como à sua natureza e espírito" (*International Law*, p. 201). Sobre a formulação de reservas incompatíveis com o objeto e propósito do tratado, merece destaque o parecer proferido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, "Advisory Opinion on Restriction to the Death Penalty", Guatemala (Inter-American Court on Human Rights, Adv. Op. n. OC-3, 1983, Ser. A, n. 3, 23 I.L.M. 320, 1984).

12. A respeito, ver Rebecca Wallace, *International Law*, p. 198.

Em geral, o processo de formação dos tratados tem início com os atos de negociação, conclusão e assinatura do tratado, que são da competência do órgão do Poder Executivo. A assinatura do tratado, por si só, traduz um aceite precário e provisório, não irradiando efeitos jurídicos vinculantes. Trata-se da mera aquiescência do Estado em relação à forma e ao conteúdo final do tratado. A assinatura do tratado, via de regra, indica tão somente que o tratado é autêntico e definitivo.

Após a assinatura do tratado pelo Poder Executivo, o segundo passo é a sua apreciação e aprovação pelo Poder Legislativo.

Em sequência, aprovado o tratado pelo Legislativo, há o seu ato de ratificação pelo Poder Executivo. A ratificação significa a subsequente confirmação formal por um Estado de que está obrigado ao tratado. Significa, pois, o aceite definitivo, pelo qual o Estado se obriga pelo tratado no plano internacional. A ratificação é ato jurídico que irradia necessariamente efeitos no plano internacional.

A respeito, a Convenção de Viena estabelece, em linhas gerais: "O consentimento do Estado em obrigar-se por um tratado pode ser expresso mediante a assinatura, troca de instrumentos constituintes do tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou através de qualquer outro meio acordado" (arts. 11 a 17 da Convenção). Por sua vez, o art. 12 da Convenção fixa as hipóteses em que a ratificação é necessária, em adição à assinatura, no sentido de estabelecer a aceitação do Estado no que toca à obrigatoriedade do tratado¹³. Vale dizer, não obstante a assinatura pelo órgão do Poder Executivo, a efetividade do tratado fica, via de regra, condicionada à sua aprovação pelo órgão legislativo e posterior ratificação pela autoridade do órgão executivo — matéria disciplinada pelo Direito interno. Na visão de Rebecca Wallace: "A simples assinatura pode ser suficiente para obrigar os Estados. Mas, frequentemente, a assinatura *ad referendum* é exigida, por exemplo, quando a assinatura fica sujeita à ratificação posterior. Embora

13. Estabelece a Convenção de Viena, no art. 12: "1. O consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado se manifestará mediante a ratificação; a) quando o tratado disponha que tal consentimento deve manifestar-se mediante ratificação; b) quando conste que de outro modo os Estados negociadores hajam convenionado que se exija a ratificação; ou c) quando o representante do Estado haja assinado o tratado sob reserva de ratificação; ou d) quando a intenção do Estado de assinar o tratado, sob reserva de ratificação, decorra dos plenos poderes de seu representante ou haja sido manifestada durante a negociação. 2. O consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado se manifestará mediante a aceitação ou aprovação em condições semelhantes às que regem a ratificação".

não presente efeito jurídico, o *ad referendum* expressa uma aprovação política, bem como a obrigação moral de ratificação. No Direito Internacional, a ratificação se refere à subsequente confirmação formal (após a assinatura) por um Estado, de que está obrigado a cumprir o tratado. Entre a assinatura e a ratificação, o Estado está sob a obrigação de obstar atos que violem os objetivos ou os propósitos do tratado¹⁴.

A ratificação é, pois, ato necessário para que o tratado passe a ter obrigatoriedade no âmbito internacional e interno¹⁵. Como etapa final, o instrumento de ratificação há de ser depositado em um órgão que assumam a custódia do instrumento — por exemplo, na hipótese de um tratado das Nações Unidas, o instrumento de ratificação deve ser depositado na própria ONU; se o instrumento for do âmbito regional interamericano, deve ser depositado na OEA.

No caso brasileiro, a Constituição de 1988, em seu art. 84, VIII, determina que é da competência privativa do Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. Por sua vez, o art. 49, I, da mesma Carta prevê ser da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais. Consagra-se, assim, a colaboração entre Executivo e Legislativo na conclusão de tratados internacionais, que não se aperfeiçoa enquanto a vontade do Poder Executivo, manifestada pelo Presidente da República, não se somar à vontade do Congresso Nacional. Logo, os tratados internacionais demandam, para seu aperfeiçoamento, um ato complexo no qual se integram a vontade do Presidente da República, que os celebra, e a do Congresso Nacional, que os aprova, mediante decreto legislativo. Considerando o histórico das Constituições anteriores,

14. Rebecca M. M. Wallace, *International law*, p. 199. Para João Grandino Rodas: "Os tratados em forma solene, também conhecidos como em devida forma, passam pelas seguintes fases: negociação, assinatura ou adoção, aprovação legislativa por parte dos Estados interessados em se tornar parte no tratado e, finalmente, ratificação ou adesão" (*Tratados internacionais*, p. 315).

15. Cf. Arnaldo Süssekind: "Os efeitos jurídicos da ratificação, compreendendo esta expressão a adesão a que alude a Convenção de Viena, têm sido objeto de valiosos estudos, variando a opinião dos juristas, desde os pronunciamentos de Hans Kelsen e George Scelle, para quem o tratado ratificado derroga, automaticamente, as normas da legislação nacional que lhes sejam contrárias, inclusive as de hierarquia constitucional, até o restrito entendimento de que a ratificação não transforma o conteúdo do tratado em *ius receptum*, gerando apenas, para o respectivo Estado, a obrigação de adotar, mediante leis próprias, as disposições do instrumento internacional" (*Direito internacional do trabalho*, p. 59).

constata-se que, no Direito brasileiro, a conjugação de vontades entre Executivo e Legislativo sempre se fez necessária para a conclusão de tratados internacionais¹⁶. Não gera efeitos a simples assinatura de um tratado se não for referendado pelo Congresso Nacional, já que o Poder Executivo só pode promover a ratificação depois de aprovado o tratado pelo Congresso Nacional. Há, portanto, dois atos completamente distintos: a aprovação do tratado pelo Congresso Nacional, por meio de um decreto legislativo, e a ratificação pelo Presidente da República, seguida da troca ou depósito do instrumento de ratificação. Assim, celebrado por representante do Poder Executivo, aprovado pelo Congresso Nacional e, por fim, ratificado pelo Presidente da República, passa o tratado a produzir efeitos jurídicos.

A respeito dessa sistemática constitucional acerca do poder de celebrar tratados, observa Louis Henkin: "Com efeito, o poder de celebrar

16. Sobre a interpretação dos arts. 49, I, e 84, VIII, ver Paulo Roberto de Almeida. As relações internacionais na ordem constitucional, *Revista de Informação Legislativa*, n. 110, p. 47-70; Celso A. Mello, O direito constitucional internacional na Constituição de 1988, *Constitucionalismo*, p. 9-21; João Grandino Rodas, *Tratados internacionais: sua executoriedade de no direito interno brasileiro*, *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v. 21, n. 1/2, p. 311-323; Arthur de Castilho Neto, *A revisão constitucional e as relações internacionais*, *Revista da Procuradoria-Geral da República*, p. 51-78; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição brasileira de 1988*; arts. 44 a 103, v. 2; e Arnaldo Süssekind, *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, p. 49 e seguintes. Quanto ao histórico constitucional pertinente à matéria, note-se que a Constituição de 1891, no art. 34, estabelecia a competência privativa do Congresso Nacional para "resolver definitivamente sobre os tratados e convenções com as nações estrangeiras", atribuindo ao Presidente da República a competência para "celebrar ajustes, convenções e tratados, sempre *ad referendum* do Congresso". A Constituição de 1934, por sua vez, reiterava o mesmo entendimento, ao fixar no art. 40 a competência exclusiva do Poder Legislativo para "resolver definitivamente sobre os tratados e convenções com as nações estrangeiras, celebrados pelo Presidente da República, inclusive os relativos à paz", reafirmando no art. 56 a competência do Presidente da República para "celebrar convenções e tratados internacionais, *ad referendum* do Poder Legislativo". A Constituição de 1946 corroborava a mesma concepção, quando no art. 66 previa ser da competência exclusiva do Congresso Nacional "resolver definitivamente sobre os tratados e convenções celebradas com os Estados estrangeiros pelo Presidente da República". Por fim, a Constituição de 1967, com as emendas de 1969, estabelecia, no art. 44, I, a competência exclusiva do Congresso Nacional para "resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República", acrescentando, no art. 81, a competência privativa do Presidente da República para "celebrar tratados, convenções e atos internacionais, *ad referendum* do Congresso Nacional". Esse histórico das Constituições anteriores revela que, no Direito brasileiro, a conjugação de vontades entre Executivo e Legislativo sempre se fez necessária para a conclusão de tratados internacionais.

tratados — como é concebido e como de fato se opera — é uma autêntica expressão do constitucionalismo; claramente ele estabelece a sistemática de 'checks and balances'. Ao atribuir o poder de celebrar tratados ao Presidente, mas apenas mediante o referendo do Legislativo, busca-se limitar e descentralizar o poder de celebrar tratados, prevenindo o abuso desse poder. Para os constituintes, o motivo principal da instituição de uma particular forma de 'checks and balances' talvez fosse o de proteger o interesse de alguns Estados, mas o resultado foi o de evitar a concentração do poder de celebrar tratados no Executivo, como era então a experiência europeia¹⁷.

Contudo, cabe observar que a Constituição brasileira de 1988, ao estabelecer apenas esses dois dispositivos supracitados (os arts. 49, I, e 84, VIII), 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, tendo sido aprovada pelo Decreto Legislativo n. 496, em 17 de julho de 2009 — dezessete anos após. Em 25 de setembro de 2009, o Estado brasileiro finalmente efetuou o depósito do instrumento de ratificação¹⁸.

De todo modo, considerando o processo de formação dos tratados e reiterando a concepção de que apresentam força jurídica obrigatória e vinculante, resta frisar que a violação de um tratado implica a violação de obrigações assumidas no âmbito internacional¹⁹. O descumprimento de

17. Cf. Louis Henkin, *Constitutionalism, democracy and foreign affairs*, p. 59.

18. Note-se que o Brasil formulou reservas com relação aos arts. 25 e 66 da Convenção de Viena. Em 14 de dezembro de 2009, foi expedido o Decreto de promulgação n. 7.030. Até outubro de 2009, a Convenção de Viena contava com 110 Estados-partes.

19. Como atenta Arnaldo Sussekind: "Se o respeito à soberania do Estado constitui um dos princípios basilares do Direito Internacional Público, não menos fundamental é o acata-

tais deveres implica, portanto, responsabilização internacional do Estado violador²⁰.

c) A hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos

"A relação entre Direito Internacional e Direito Interno no passado era fundamentalmente um interessante problema teórico, que instigava os estudiosos do direito em debates puramente doutrinários; essa relação, hoje, transformou-se em um importante problema prático, primeiramente em face da crescente adoção de tratados, cujo escopo é não mais a relação entre Estados, mas a relação entre Estados e seus próprios cidadãos. (...) A eficácia desses tratados depende essencialmente da incorporação de suas previsões no ordenamento jurídico interno" (Virginia Leary, *International Labour Conventions and National Law: the effectiveness of the automatic incorporation of treaties in national legal systems*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1982, p. 1).

A Carta de 1988 consagra de forma inédita, ao fim da extensa Declaração de Direitos por ela prevista, que os direitos e garantias expressos na Constituição "não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios

do aforismo *pacta sunt servanda*, em virtude do qual o Estado vinculado a um tratado deve cumprir as obrigações dele resultantes, sob pena de responsabilidade na esfera internacional. Daí preceituar a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados: Art. 26 — "Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé e Art. 27 — "Uma parte não poderá invocar as disposições do seu direito interno como justificação do descumprimento de um tratado" (*Direito internacional do trabalho*, p. 59).

20. Sobre os efeitos da violação do tratado, afirma o *International Law Commission Report*: "A grande maioria dos juristas reconhece que a violação de um tratado por uma das partes implica o direito da outra parte de ab-rogar o tratado ou suspender as obrigações dele decorrentes. A violação a um tratado é concebida como o 'término' do tratado ou como a suspensão de seus enunciados, no todo ou em parte" (*Yearbook of the International Law Commission* — 199, 1966, p. 253-255, apud Louis Henkin et al., *International Law*, op. cit., p. 507). Contudo, "na Conferência de Viena, o parágrafo 5º foi adicionado ao projeto da Comissão. Seu objetivo foi o de assegurar que as regras referentes ao 'término' do tratado, como consequência de sua violação, não pudessem causar o 'término' ou a 'suspensão' de muitas Convenções que protegem a pessoa humana. (...) A visão genérica é a de que tais tratados servem essencialmente para beneficiar os indivíduos e envolvem obrigações que não dependem do recíproco desempenho dos Estados-partes" (Louis Henkin et al., *International Law*, p. 509).

por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" (art. 5º, § 2º).

Note-se que a Constituição de 1967, no art. 153, § 36, previa: "A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota". A Carta de 1988 inova, assim, ao incluir entre os direitos constitucionalmente protegidos os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário.

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 consagrados²¹. 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 constitucional²².

No dizer de Antônio Augusto Cançado Trindade: "Assim, a novidade do art. 5º (2) da Constituição de 1988 consiste no acréscimo, por proposta que avancei, ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, dos

21. Ao interpretar o art. 5º, § 2º, da Carta de 1988, sugere Pedro Dallari: "Essa norma constitucional, concebida precipuamente para disciplinar situações no âmbito interno do País, pode e deve ser vista, se associada ao inciso II do art. 4º, como instrumento que procura dar coerência à sustentação do princípio constitucional de relações exteriores em pauta e que, por isso mesmo, possibilita ao Brasil intervir no âmbito da comunidade internacional não apenas para defender a assunção de tal princípio, mas também para, em um estágio já mais avançado, dar-lhe materialidade efetiva" (*Constituição e relações exteriores*, p. 162).

22. Para Canotilho: "A legitimidade material da Constituição não se basta com um 'dar forma' ou 'constituir' de órgãos; exige uma fundamentação substantiva para os actos dos poderes públicos e daí que ela tenha de ser um parâmetro material, directivo e inspirador desses actos. A fundamentação material é hoje essencialmente fornecida pelo catálogo de direitos fundamentais (direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais)" (*Direito constitucional*, p. 74).

direitos e garantias expressos em tratados internacionais sobre protecção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte. Observe-se que os direitos se fazem acompanhar necessariamente das garantias. É alentador que as conquistas do Direito Internacional em favor da protecção do ser humano venham a projetar-se no Direito Constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de protecção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista²³.

O constitucionalista José Joaquim Gomes Canotilho se orienta na mesma direção quando pondera: "As Constituições, embora continuem a ser pontos de legitimação, legitimidade e consenso autocentrados numa comunidade estadualmente organizada, devem abrir-se progressivamente a uma rede cooperativa de metanormas ('estratégias internacionais', 'pressões concertadas') e de normas oriundas de outros 'centros' transnacionais e infranacionais (regionais e locais) ou de ordens institucionais intermediárias ('associações internacionais', 'programas internacionais'). A globalização internacional dos problemas ('direitos humanos', 'protecção de recursos', 'ambiente') at está a demonstrar que, se a 'Constituição jurídica do centro estadual', territorialmente delimitado, continua a ser uma carta de identidade política e cultural e uma mediação normativa necessária de estruturas básicas de justiça de um Estado-Nação, cada vez mais ela se deve articular com outros direitos, mais ou menos vinculantes e preceptivos (*hard law*), ou mais ou menos flexíveis (*soft law*), progressivamente forjados por novas 'unidades políticas' ('cidade mundo', 'europa comunitária', 'casa europeia', 'unidade africana')²⁴. Acentua o mesmo autor: "Se ontem a conquista territorial, a colonização e o interesse nacional surgiam como categorias referenciais, hoje os fins dos Estados podem e devem ser os da construção de Estados de Direito Democráticos, Sociais e Ambientais; no plano interno e Estados abertos e internacionalmente amigos e cooperantes no plano externo. Estes parâmetros fortalecem as imbricações do direito constitucional com o direito internacional. (...) Os direitos humanos articulados com

23. Antônio Augusto Cançado Trindade, *A protecção internacional dos direitos*, p. 631. Para a proposta original, subsequentemente aceita, de inserção dessa cláusula (art. 5º, § 2º) na Constituição brasileira de 1988, ver Antônio Augusto Cançado Trindade, *Direitos e garantias individuais no plano internacional. Assembleia Nacional Constituinte: Atas das Comissões*, v. 1, n. 66 (supl.), p. 109-116.

24. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, p. 18.

o relevante papel das organizações internacionais fornecem um enquadramento razoável para o constitucionalismo global. O constitucionalismo global compreende não apenas o clássico paradigma das relações horizontais entre Estados, mas no novo paradigma centrado: nas relações Estado/povo, na emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos e na tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos. Por isso, o Poder Constituinte dos Estados e, consequentemente, das respectivas Constituições nacionais, está hoje cada vez mais vinculado a princípios e regras de direito internacional. É como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do *jus cogens* internacional). O Poder Constituinte soberano criador de Constituições está hoje longe de ser um sistema autônomo que gravita em torno da soberania do Estado. A abertura ao Direito Internacional exige a observância de princípios materiais de política e direito internacional tendencialmente informador do Direito interno²⁵. Nesse raciocínio, a abertura à normação internacional passa a ser elemento caracterizador da ordem constitucional contemporânea.

Em favor da hierarquia constitucional dos direitos enunciados em tratados internacionais, outro argumento se acrescenta: a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais²⁶. O reconhecimento se faz

25. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1217.

26. Sobre o tema, afirma José Joaquim Gomes Canotilho: "Ao apontar para a dimensão material, o critério em análise coloca-nos perante um dos temas mais polémicos do direito constitucional: qual é o conteúdo ou matéria da Constituição? O conteúdo da Constituição varia de época para época e de país para país e, por isso, é tendencialmente correto afirmar que não há reserva de Constituição no sentido de que certas matérias têm necessariamente de ser incorporadas na constituição pelo Poder Constituinte. Registre-se, porém, que, historicamente (na experiência constitucional), foram consideradas matérias constitucionais 'par excellence', a organização do poder político (informada pelo princípio da divisão de poderes) e o catálogo dos direitos, liberdades e garantias. Posteriormente, verificou-se o 'enriquecimento' da matéria constitucional através da inserção de novos conteúdos, até então considerados de valor jurídico-constitucional irrelevante, de valor administrativo ou de natureza subconstitucional (direitos económicos, sociais e culturais, direitos de participação dos trabalhadores e constituição económica)" (*Direito constitucional*, p. 68). Prossegue o mesmo autor: "Um topos caracterizador da modernidade e do constitucionalismo foi sempre o da consideração dos 'direitos do homem' como *ratio essendi* do Estado Constitucional. Quer fossem considerados como 'direitos naturais', 'direitos inalienáveis'

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. Nesse sentido, afirma Canotilho: "O programa normativo-constitucional não pode se reduzir, de forma positivística, ao 'texto' da Constituição. Há que densificar, em profundidade, as normas e princípios da constituição, alargando o 'bloco da constitucionalidade' a princípios não escritos, mais ainda reconduzíveis ao programa normativo-constitucional, como formas de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas"²⁷. Os direitos internacionais integrariam, assim, o chamado "bloco de constitucionalidade", densificando a regra constitucional positivada no § 2º do art. 5º, caracterizada como cláusula constitucional aberta²⁸.

ou 'direitos racionais' do indivíduo, os direitos do homem, constitucionalmente reconhecidos, possuem uma dimensão projectiva de comensuração universal" (p. 18).

27. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, p. 982. Acrescenta Canotilho: "O problema dos direitos fundamentais como parâmetro ou norma de referência a ter em conta no juízo da legitimidade constitucional não oferece grandes dificuldades numa Constituição, como a portuguesa, consagrada de um amplo catálogo de direitos, abrangendo direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais. Todos eles são, sem qualquer dúvida, normas de referência obrigatórias em qualquer controle de constitucionalidade de actos normativos. Os únicos problemas que se podem suscitar dizem respeito aos direitos fundamentais não formalmente constitucionais, isto é, os direitos constantes de lei ordinárias ou de convenções internacionais (cfr. art. 16). Todavia, ou estes direitos são ainda densificações possíveis e legítimas do âmbito normativo-constitucional de outras normas e, consequentemente, direitos positivo-constitucionalmente plasmados, e nesta hipótese, formam parte do bloco de constitucionalidade, ou são direitos autónomos não reentrantes nos esquemas normativo-constitucionais e, nessa medida, entrarão no bloco da legalidade, mas não no da constitucionalidade" (p. 982).

28. Ao enfatizar a cláusula aberta do art. 16 da Constituição portuguesa, anota Jorge Miranda: "O n. 1 do art. 16 da Constituição aponta para um sentido material de direitos fundamentais: estes não são apenas os que as normas formalmente constitucionais enunciam; são ou podem ser também direitos provenientes de outras fontes, na perspectiva mais ampla da Constituição material. Não se depara, pois, no texto constitucional um elenco taxativo de direitos fundamentais. Pelo contrário, a enumeração é uma enumeração aberta, sempre

Lembre-se que, ao estabelecer diretrizes e linhas básicas, a Constituição não detém a pretensão da completude. A incompletude da Carta aponta para sua abertura, o que permite a flexibilidade necessária ao contínuo desenvolvimento político. Sob essa ótica, a Constituição pode ser definida, para adotar a expressão de Konrad Hesse, como ordem jurídica fundamental e aberta da comunidade.²⁹

pronta a ser preenchida ou completada através de outros direitos ou, quanto a cada direito, através de novas faculdades para além daquelas que se encontram definidas ou especificadas em cada momento. Daí poder-se apelar ao art. 16, n. 1, de cláusula aberta ou de não tipicidade de direitos fundamentais" (*Manual de direito constitucional*, v. 4, p. 153). Para Canotilho: "A Constituição admite (cfr. art. 16), porém, outros direitos fundamentais constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. Em virtude de as normas que os reconhecem e protegem não terem a forma constitucional, estes direitos são chamados de direitos materialmente fundamentais. Por outro lado, trata-se de uma 'norma de fati-specie aberta', de forma a abranger, para além das posições concretas, todas as possibilidades de direitos que se propõem no horizonte da ação humana. Daí que os autores se refiram também aqui ao princípio da não identificação ou da cláusula aberta. Problema é o de saber como distinguir, dentre os direitos sem assento constitucional, aqueles com dignidade suficiente para serem considerados fundamentais. A orientação tendencial de princípio é a de considerar como direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais os direitos equiparáveis pelo seu objeto e importância aos diversos tipos de direitos fundamentais. Neste sentido, o âmbito normativo do art. 16/1 alarga-se ou abre-se a todos os direitos fundamentais e não, como já se pretendeu, a uma certa categoria deles" (*Direito constitucional*, p. 528). Acrescentam Canotilho e Vital Moreira: "A existência de direitos sem registro constitucional formal está expressamente mencionada no art. 16, I da CRP, quando estabelece que 'os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional'. Apesar da notável amplitude do elenco constitucional dos direitos fundamentais, é natural que não se encontrem aí todos os direitos ou dimensões de direitos contemplados pelas muitas convenções internacionais de direitos, bem como pela lei interna. (...) De resto, a referida cláusula constitucional traduz não apenas o acolhimento dos direitos já dotados de reconhecimento infraconstitucional mas também uma expressão aberta aos que vierem a encontrar sedimentação no futuro, no direito internacional ou na lei interna. Trata-se de uma cláusula de abertura a novos direitos reveladora do caráter não fechado e não taxativo do elenco constitucional dos direitos fundamentais" (*Fundamentos da Constituição*, p. 115-116).

29. Para Konrad Hesse, cabe a essa ordem constitucional aberta: a) determinar os princípios diretores segundo os quais se deve formar a "unidade política" e prosseguir a atividade estadual; b) regular o processo de solução de conflitos dentro de uma comunidade; c) ordenar a organização e o processo de formação da unidade política e da atuação estadual; d) criar os fundamentos e normatizar os princípios da ordem jurídica global (Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 12. ed., Heidelberg-Karlsruhe, 1980, p. 13. apud José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, p. 116).

Quanto ao caráter aberto da cláusula constitucional constante do art. 5º, § 2º, é ele evidenciado por José Afonso da Silva, quando leciona "a circunstância de a Constituição mesma admitir outros direitos e garantias individuais não enumerados, quando, no parágrafo 2º do art. 5º, declara que os direitos e garantias previstos neste artigo não excluem outros decorrentes dos princípios e do regime adotado pela Constituição e dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte"³⁰. Para o constitucionalista, os direitos individuais podem ser classificados em três grupos: o dos direitos individuais expressos, explicitamente enunciados nos incisos do art. 5º, o dos direitos individuais implícitos, subentendidos nas regras de garantias, como o direito à identidade pessoal, certos desdobramentos do direito à vida; e, por fim, o grupo dos direitos individuais decorrentes do regime e de tratados internacionais subscritos pelo Brasil, que "não são nem explícita nem implicitamente enumerados, mas provêm ou podem vir a prover do regime adotado, como o direito de resistência, entre outros de difícil caracterização *a priori*"³¹.

Acredita-se, todavia, que essa classificação peca ao equiparar os direitos decorrentes dos tratados internacionais aos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição. Se estes últimos "não são nem explícita nem implicitamente enumerados, mas provêm ou podem vir a prover do regime adotado", sendo direitos de "difícil caracterização *a priori*", o mesmo não pode ser afirmado quanto aos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte. Esses direitos interna-

30. José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 6. ed., p. 174.

31. José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 6. ed., p. 174. Na mesma direção, afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho: "O dispositivo em exame significa simplesmente que a Constituição brasileira ao enumerar os direitos fundamentais não pretende ser exaustiva. Por isso, além desses direitos explicitamente reconhecidos, admite existirem outros, decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, incluindo também aqueles que derivam de tratados internacionais. Quais sejam estes direitos implícitos é difícil apontar" (*Comentários à Constituição brasileira de 1988*, v. 1, p. 88). Ainda no mesmo sentido, Creteira Jr.: "Além dos direitos e garantias expressos nos textos constitucionais — regras jurídicas constitucionais expressas — existem outros direitos e outras garantias que decorrem (a) do regime adotado pela Constituição e (b) dos princípios que a fundamentam e que nela se enunciam, informando-a. Direitos expressos e garantias expressas são as normas constitucionais, que integram artigos, parágrafos, incisos, alíneas, (...) O regime instituído pela Carta Política de 1988 é o Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos individuais e sociais, a liberdade, a segurança, além de outros explicitados no Preâmbulo" (*Comentários à Constituição brasileira de 1988*, v. 2, p. 869).

cionais são expressos, enumerados e claramente elencados, não podendo ser considerados de "difícil caracterização *a priori*". Note-se que, diversamente da cláusula aberta da Constituição portuguesa, que faz referência ao "direito internacional geral", a Constituição brasileira refere-se especificamente aos tratados internacionais de que faça parte o Brasil³².

Propõe-se, nesse sentido, 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).

Logo, se os direitos implícitos apontam para um universo de direitos impreciso, vago, elástico e subjetivo, os expressos na Constituição e nos tratados internacionais de que o Brasil seja parte compõem um universo claro e preciso. Quanto a estes últimos, basta examinar os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil para que se possa delimitar, delinear e definir o universo dos direitos internacionais constitucionalmente protegidos.

A Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte, conferindo-lhes natureza de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previsto, o que justifica estender a esses direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais.

Tal interpretação é consonante com o princípio da máxima eficácia de das normas constitucionais, pelo qual, no dizer de Jorge Miranda, "a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê; a cada norma constitucional é preciso conferir, ligada a todas as outras

normas, o máximo de capacidade de regulamentação. Interpretar a Constituição é ainda realizar a Constituição"³³. Na lição de Konrad Hesse: "a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótica concretização da norma. (...) A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. (...) A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente"³⁴.

Vale dizer, todas as normas constitucionais são verdadeiras normas jurídicas e desempenham uma função útil no ordenamento. A nenhuma norma constitucional se pode dar interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser. Considerando os princípios da força normativa da Constituição e da ótica concretização da norma, à norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê, especialmente quando se trata de norma instituidora de direitos e garantias fundamentais. Como observa Canotilho, o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais "é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais — no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais"³⁵. Está-se assim a conferir máxima efetividade aos princípios constitucionais, em especial ao princípio do art. 5º, § 2º, ao entender que os direitos constantes dos tratados internacionais passam a integrar o catálogo dos direitos constitucionalmente previstos.

Há que enfatizar ainda que, enquanto os demais tratados internacionais têm força hierárquica infraconstitucional, os direitos enunciados em tratados internacionais de proteção dos direitos humanos apresentam valor de norma

33. Cf. Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, v. 2, p. 260.

34. Konrad Hesse. *A força normativa da Constituição*, p. 22-23. Para o sucesso do princípio da ótica concretização da norma, oportuna a advertência de Pontes de Miranda: "A primeira condição para se interpretar proveitosamente uma lei é simpatia. Com antipatia não se interpreta, ataca-se" (Pontes de Miranda. *Prólogo ao Comentários à Constituição de 1946*). Caso contrário, ter-se-á o fenômeno denominado por Marcelo Neves de "desconstitucionalização fática" ou "concretização desconstitucionalizante" (Marcelo Neves. *Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática, Revista Trimestral de Direito Público*, n. 12, p. 158).

35. José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito constitucional*, p. 227.

constitucional. Como observa Canotilho: "A paridade hierárquico-normativa, ou seja, o valor legislativo ordinário das convenções internacionais deve rejeitar-se pelo menos nos casos de convenções de conteúdo materialmente constitucional (exs.: Convenção Europeia de Direitos do Homem, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais)"³⁶.

Observe-se que a hierarquia infraconstitucional dos demais tratados internacionais é extraída do art. 102, III, b, da Constituição Federal de 1988, que confere ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar, mediante recurso extraordinário, "as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal"³⁷.

Sustenta-se, assim, que os tratados tradicionais têm hierarquia infraconstitucional, mas supralegal. Esse posicionamento se coaduna com o princípio da boa-fé, vigente no direito internacional (*o pacta sunt servanda*), e que tem como reflexo o art. 27 da Convenção de Viena, segundo o qual não cabe ao Estado invocar disposições de seu Direito interno como justificativa para o não cumprimento de tratado.

À luz do mencionado dispositivo constitucional, uma tendência da doutrina brasileira, contudo, passou a acolher a concepção de que os tratados internacionais e as leis federais apresentavam a mesma hierarquia jurídica, sendo portanto aplicável o princípio "lei posterior revoga lei anterior

36. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, p. 901. No mesmo sentido, observa Antônio de Araújo: "Quanto ao direito internacional convencional (certamente a faceta mais melindrosa desta controversia), a solução deve atender ao conteúdo das normas em apreço. Por outras palavras, determinadas normas (e, em particular as que se relacionam com matérias de *ius cogens*) poderão ter um posicionamento paritário (ou mesmo superior) ao da Constituição, enquanto outras poderão situar-se na mesma escala das normas legais. Esta parece ser a solução mais adequada em face da crescente proliferação de instrumentos internacionais (de direito convencional) sobre Direitos do Homem e do fenômeno da integração comunitária" (Relações entre o direito internacional e o direito interno: limitação dos efeitos do juízo de constitucionalidade, in *Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional*, p. 13).

37. Na história constitucional brasileira, a Constituição de 1967, emendada em 1969, é a primeira a estabelecer o termo "inconstitucionalidade dos tratados", ao atribuir ao Supremo Tribunal Federal a competência de "julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal", nos termos do art. 119, III, b.

que seja com ela incompatível". Essa concepção não apenas compromete o princípio da boa-fé, mas constitui afronta à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

Desde 1977 o Supremo Tribunal Federal, com base nesse raciocínio, acolhe o sistema que equipara juridicamente o tratado internacional à lei federal. Com efeito, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004, em 1977, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que os tratados internacionais estão em paridade com a lei federal, apresentando a mesma hierarquia que esta. Por consequência, concluiu ser aplicável o princípio segundo o qual a norma posterior revoga a norma anterior com ela incompatível. Nesse sentido, pronuncia-se o Ministro Francisco Rezek: "De setembro de 1975 a junho de 1977 estendeu-se, no plenário do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do RE 80.004, em que ficou assentada, por maioria, a tese de que, ante a realidade do conflito entre tratado e lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano deve ter sua prevalência garantida pela Justiça — sem embargo das consequências do descumprimento do tratado, no plano internacional. Admitiram as vozes majoritárias que, faltante na Constituição do Brasil garantia de privilégio hierárquico do tratado internacional sobre as leis do Congresso, era inevitável que a Justiça devesse garantir a autôridade da mais recente das normas, porque paritaria sua estatura no ordenamento jurídico"³⁸.

A respeito afirma Jacob Dolinger: "Hans Kelsen, que deu ao monismo jurídico sua expressão científica definitiva, advogava a primazia do direito internacional sobre o direito interno por motivos de ordem prática: a primazia do direito interno acarretaria o despedaçamento do direito e, consequentemente, sua negação. De acordo com a teoria kelseniana, a ordem jurídica interna deriva da ordem jurídica internacional como sua delegada. Esta foi a posição abraçada pelos internacionalistas brasileiros, tanto os

38. Francisco Rezek, *Direito internacional público: curso elementar*, p. 106. Na lição crítica de André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, ao enfocarem o direito brasileiro: "Quanto aos tratados em geral, a doutrina e a jurisprudência têm entendido, não sem hesitações, que o tratado e a lei estão no mesmo nível hierárquico, ou seja, que entre aquela e este se verifica uma 'paridade' — paridade essa que, todavia, funciona a favor da lei. De facto, a lei não pode ser afastada por tratado com ela incompatível; mas se ao tratado se suceder uma lei que bula com ele, essa lei não revoga, em sentido técnico, o tratado, mas 'afasta sua aplicação', o que quer dizer que o tratado só se aplicará se e quando aquela lei for revogada" (*Manual de direito internacional público*, p. 103).

publicistas como os privatistas, e que era geralmente aceita pelos Tribunais brasileiros, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, até que, em 1977, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 80.004, a Suprema Corte modificou seu ponto de vista, admitindo a derrogação de um tratado por lei posterior, posição que vem sendo criticada pela doutrina pátria. Esta nova posição da Excelsa Corte brasileira enraizou-se de tal maneira que o Ministro José Francisco Rezak pronunciou-se recentemente de forma assaz contundente, dizendo da 'prevalência à última palavra do Congresso Nacional, expressa no texto doméstico, não obstante isto importasse o reconhecimento da afronta, pelo país, de um compromisso internacional. Tal seria um fato resultante da culpa dos poderes políticos, a que o Judiciário não teria como dar remédio'.³⁹

Observe-se 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 as leis anteriores (Apelação Cível n. 9.587). Merece também menção um acórdão do STF, em 1914, no Pedido de Extradição n. 7 de 1913, 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 neste sentido está a Lei n. 5.172/66 que estabelece: 'Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhe sobrevenha'.⁴⁰

Contudo, realça Celso D. Albuquerque Mello: "A tendência mais recente no Brasil é a de um verdadeiro retrocesso nesta 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".⁴¹

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 desconhecimento do tratado no plano internacional, na medida em que autoriza o Estado-parte a violar

39. Jacob Dolinger, *A nova Constituição e o direito internacional*, p. 13.

40. Celso D. Albuquerque Mello, *Curso de direito internacional público*, p. 69.

41. Celso D. Albuquerque Mello, *Curso de direito internacional público*, p. 70.

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.

Embora a tese da paridade entre tratado e lei federal tenha sido firmada pelo Supremo Tribunal Federal em 1977, sendo anterior, portanto, à Constituição de 1988, e refira-se ainda a tema comercial (conflito entre a Convenção de Genebra — Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias — e o Decreto-lei n. 427; de 1969); constata-se ter sido ela reiterada pelo Supremo Tribunal Federal em novembro de 1995, quando do julgamento, em grau de *habeas corpus*, de caso relativo à prisão civil por dívida do depositário infiel.

Com efeito, no julgamento do HC 72.131-RJ (22.11.1995), ao enfrentar a questão concernente ao impacto do Pacto de São José da Costa Rica (particularmente do art. 7, VII, que proíbe a prisão civil por dívida, salvo no caso de alimentos) no Direito brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, em votação não unânime (vencidos os Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence), afirmou que "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. (...) 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 interno, a competência institucional que lhe foi outorgada expressamente pela própria Constituição da República. A circunstância do Brasil haver aderido ao Pacto de São José da

Costa Rica — cuja posição, no plano da hierarquia das fontes jurídicas, situa-se no mesmo nível de eficácia e autoridade das leis ordinárias internas — não impede que o Congresso Nacional, em tema de prisão civil por dívida, aprove legislação comum instituidora desse meio excepcional de coerção processual (...). 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. (...) Diversa seria a situação, se a Constituição do Brasil — à semelhança do que hoje estabelece a Constituição argentina, no texto emendado pela Reforma Constitucional de 1994 (art. 75, n. 22) — houvesse outorgado hierarquia constitucional aos tratados celebrados em matéria de direitos humanos. (...) 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, parágrafo 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 por dívida em duas hipóteses extraordinárias (CF, art. 5º, LXVII) — o próprio exercício, pelo Congresso Nacional, de sua típica atividade político-jurídica consistente no desempenho da função de legislar. (...) A indiscutível supremacia da ordem constitucional brasileira sobre os tratados internacionais, além de traduzir um imperativo que decorre de nossa própria Constituição (art. 102, III, b), reflete o sistema que, com algumas poucas exceções, tem prevalecido no plano do direito comparado⁴².

Este trabalho, no entanto, defende posição diversa. Acredita-se, ao revés, que conferir hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos, com a observância do princípio da prevalência da norma mais favorável, é interpretação que se situa em absoluta consonância com a ordem constitucional de 1988, bem como com sua racionalidade e principiologia. Trata-se de interpretação que está em harmonia com os valores prestigiados

42. Estes trechos foram extraídos do voto do Ministro Celso de Mello no julgamento do HC 72.131-RJ, em 22.11.1995. Note-se 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.

pele sistema jurídico de 1988, em especial com o valor da dignidade humana — que é valor fundante do sistema constitucional.

Insiste-se que a teoria da paridade entre o tratado internacional e a legislação federal não se aplica aos tratados internacionais de direitos humanos, tendo em vista que a Constituição de 1988 assegura a estes garantia de privilégio hierárquico, reconhecendo-lhes natureza de norma constitucional. Esse tratamento jurídico diferenciado, conferido pelo art. 5º, § 2º, da Carta de 1988, justifica-se na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre os Estados-partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes. Os tratados de direitos humanos objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano, e não das prerrogativas dos Estados⁴³. Como esclarece a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sua Opinião Consultiva n. 2, de setembro de 1982: "Ao provar estes tratados sobre direitos humanos, os Estados se submetem a uma ordem legal dentro da qual eles, em prol do bem comum, assumem várias obrigações, não em relação a outros Estados, mas em relação aos indivíduos que estão sob a sua jurisdição". O caráter especial vem a justificar o *status* constitucional atribuído aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos⁴⁴.

43. No mesmo sentido, argumenta Juan Antonio Travieso: "Os tratados modernos sobre direitos humanos em geral e, em particular, a Convenção Americana não são tratados multilaterais do tipo tradicional, concluídos em função de um intercâmbio recíproco de direitos, para o benefício mútuo dos Estados contratantes. Os seus objetivos e fins são a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos, independentemente de sua nacionalidade, tanto em face do seu próprio Estado, como em face de outros Estados contratantes. Ao aprovar estes tratados sobre direitos humanos, os Estados se submetem a uma ordem legal dentro da qual eles, em prol do bem comum, assumem várias obrigações, não em relação a outros Estados, mas em relação aos indivíduos que estão sob a sua jurisdição. Logo, a Convenção não vincula apenas os Estados-partes, mas outorga garantias às pessoas. Por este motivo, justificadamente, não pode ser interpretada como qualquer outro tratado" (*Derechos humanos y derecho internacional*, p. 90). Compartilhando do mesmo entendimento, leciona Jorge Reinaldo Vanossi: "A declaração da Constituição argentina é consonante com as Declarações adotadas pelos organismos internacionais, e é fortalecida pela ratificação, pelo Estado da Argentina, de Convenções e Pactos internacionais de direitos humanos, destinados a fazê-los efetivos, de forma a assegurar proteção concreta às pessoas, através de instituições internacionais" (*La Constitución Nacional y los derechos humanos*, p. 35).

44. Em sentido contrário, ao defender a paridade entre tratado internacional e lei federal, Francisco Rezek, *Direito internacional público*, p. 106 e seguintes. Para Luiz Flávio

Ao caráter especial dos tratados de proteção dos direitos humanos poder-se-ia acrescentar ainda o argumento, sustentado por parte da doutrina publicista, de que os tratados de direitos humanos apresentam superioridade hierárquica em relação aos demais atos internacionais de caráter mais técnico, formando um universo de princípios que apresentam especial força obrigatória, denominado *jus cogens*⁴⁵. No dizer de Theodor Meron: "A Corte Internacional de Justiça acolheu a ideia de hierarquia no âmbito do Direito Internacional no famoso caso 'Barcelona Traction', sugerindo que os direitos básicos da pessoa humana criam obrigações 'erga omnes'. (...) A noção de normas peremptórias no Direito Internacional (*jus cogens*) está prevista nos arts. 53 e 64 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. O art. 53 estabelece o seguinte: 'Um tratado é nulo se, no momento de sua conclusão, conflita com normas peremptórias de Direito Internacional. Para os fins desta Convenção, uma norma peremptória de Direito Internacional é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como uma norma à qual nenhuma derrogação é permitida e que apenas pode ser modificada por uma norma posterior

Gomes, "quando a norma internacional constitui mera repetição ou explicitação de um texto constitucional, possui *status* da mesma natureza; de outro lado, se a norma internacional reflete direito outro não previsto na Constituição, possui força de lei ordinária" (A questão da obrigatoriedade dos tratados e convenções no Brasil: particular enfoque da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, *Revista dos Tribunais*, v. 83, n. 710, p. 30).

45. Na definição de Juan Antonio Travieso: "Uma norma de *jus cogens* é uma norma imperativa de Direito Internacional geral, aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados, em seu conjunto, como norma que não admite acordo em contrário e que só pode ser modificada por uma norma posterior de Direito Internacional geral, que tenha o mesmo *status* (Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, Art. 53)" (*Derechos humanos y derecho internacional*, p. 33). Para Antonio Cassese: "Um segundo tema que eu gostaria de examinar brevemente se refere a um conjunto de princípios — que, em grande extensão, coincidem com as obrigações 'erga omnes'. Eu me refiro ao '*jus cogens*', aquele universo de princípios que apresentam uma especial força legal, tendo em vista que não podem ser derogados ou contraditados pelas previsões dos tratados ou do direito consuetudinário. O direito dos povos à autodeterminação e outros valores direitos humanos são contribuído para esta nova visão do Direito Internacional". (*Human Rights in a changing world*, p. 168). Na concepção de André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros: "É dentro desse espírito que deve ser encarada a proposta apresentada pelo Instituto de Direito Internacional, na sua sessão de Santiago de Compostela, em 1989, no sentido de se conceder eficácia *erga omnes* à 'obrigação internacional' dos Estados de respeitar os Direitos do Homem, com base na doutrina defendida pelo TIJ no Acórdão proferido em 1970 no caso Barcelona Traction" (*Manual de direito internacional público*, p. 662).

de Direito Internacional geral que apresente a mesma natureza"⁴⁶. A respeito, ainda lecionam André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros: "Para a doutrina dominante, todas essas normas (Carta das Nações Unidas, Declaração Universal dos Direitos do Homem, Pactos Internacionais aprovados pelas Nações Unidas) e todos esses princípios fazem hoje parte do *jus cogens* internacional, que constitui Direito imperativo para os Estados"⁴⁷. Adicionam os mesmos autores: "Um dos traços mais marcantes da evolução do Direito Internacional contemporâneo foi, sem dúvida, a consagração definitiva do *jus cogens* no topo da hierarquia das fontes do Direito internacional, como uma 'supralegalidade internacional'"⁴⁸. Tendo em vista que os direitos humanos mais essenciais são considerados parte do *jus cogens*, é razoável admitir a hierarquia especial e privilegiada dos tratados internacionais de direitos humanos em relação aos demais tratados tradicionais.

46. Theodor Meron, *Human rights law-making in the United Nations: a critique of instruments and process*, p. 173 e p. 189-190. Na percepção crítica de Hilary Charlesworth e Christine Chinkin: "*Jus cogens* é definido como um conjunto de princípios que resguarda os mais importantes e valiosos interesses da sociedade internacional, como expressão de uma convicção, aceita em todas as partes da comunidade mundial, que alcança a profunda consciência de todas as nações, satisfazendo o superior interesse da comunidade internacional como um todo, como os fundamentos de uma sociedade internacional, sem os quais a inteira estrutura se romperia. Os direitos humanos mais essenciais são considerados parte do '*jus cogens*'. Por exemplo, o 'American Law Institute's Revised Restatement of Foreign Relations Law' elenca como violações ao *jus cogens*: a prática ou a impunidade ao genocídio, a escravidão, os assassinatos ou desaparecimentos, a tortura, a detenção arbitrária prolongada ou a sistemática discriminação racial. (...) Em uma reflexão aprofundada, Simma e Alston advertem: 'é preciso perguntar-se uma teoria de direitos humanos que inclui a discriminação racial e não a discriminação relativa ao gênero, que condena a prisão arbitrária, mas não a morte causada pela fome e miséria e que não inclui o direito de acesso ao primário 'health care' não apresenta sérias deficiências na concepção teórica de direitos humanos" (*The gender of jus cogens, Human Rights Quarterly*, p. 66-68).

47. André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, *Manual de direito internacional público*, p. 109.

48. André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, *Manual de direito internacional público*, p. 277. E prosseguem os mesmos autores: "A admissão de um Direito Internacional imperativo representa a aceitação do princípio de que a Comunidade Internacional assenta em 'valores fundamentais' ou 'regras básicas', que compõem a 'ordem pública da Comunidade Internacional' ou 'ordem pública internacional', e que, dessa forma, obrigam todos os sujeitos do Direito Internacional. (...) No estado actual do Direito Internacional, o *jus cogens* engloba predominantemente regras convencionais sobre direitos e liberdades fundamentais" (p. 278 e 282).

Esses argumentos sustentam a conclusão de que o direito brasileiro faz opção por um sistema misto disciplinador dos tratados, sistema que se caracteriza por combinar regimes jurídicos diferenciados: um regime aplicável aos tratados humanos e outro aplicável aos tratados tradicionais. Enquanto os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos — por força do art. 5º, § 2º — apresentam hierarquia constitucional, os demais tratados internacionais apresentam hierarquia infraconstitucional.

Em suma, a hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos decorre da previsão constitucional do art. 5º, § 2º, à luz de uma interpretação sistemática e teleológica da Carta, particularmente da prioridade que atribui aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Essa opção do constituinte de 1988 se justifica em face do caráter especial dos tratados de direitos humanos e, no entender de parte da doutrina, da superioridade desses tratados no plano internacional.

Acrescente-se que, além da concepção que confere aos tratados de direitos humanos natureza constitucional (concepção defendida por este trabalho) e da concepção, que, ao revés, confere aos tratados *status* paritário ao da lei federal (posição majoritária do STF), destacam-se outras duas correntes doutrinárias. Uma delas sustenta que os tratados de direitos humanos têm hierarquia supraconstitucional, enquanto a outra corrente defende a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, dos tratados de direitos humanos.

No dizer de Agustín Gordillo, para quem os tratados de direitos humanos têm hierarquia supraconstitucional, “a supremacia da ordem supranacional sobre a ordem nacional preexistente não pode ser senão uma supremacia jurídica, normativa, detentora de força coativa e de imperatividade. Estamos, em suma, ante um normativismo supranacional. Concluímos, pois, que as características da Constituição, como ordem jurídica suprema do direito interno, são aplicáveis em um todo às normas da Convenção, enquanto ordem jurídica suprema supranacional. Não duvidamos de que muitos intérpretes resistirão a considerá-la direito supranacional e supraconstitucional, sem prejuízo dos que se negarão a considerá-la sequer direito interno, ou, mesmo, direito”⁴⁹. Nessa mesma direção, afirmam André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros: “No Brasil, a Constituição de 1988 não regula a vigência do Direito Internacional na ordem interna, salvo

49. Agustín Gordillo, *Derechos humanos, doctrina, casos y materiales: parte general*, p. 53 e 55.

quanto aos tratados internacionais sobre os Direitos do Homem, quanto aos quais o art. 5º, § 2º, contém uma disposição muito próxima do art. 16, n. 1, da Constituição da República Portuguesa de 1976 que, como demonstramos adiante, deve ser interpretada como conferindo grau supraconstitucional a aqueles tratados. (...) ao estabelecer que ‘os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das regras aplicáveis do Direito Internacional’, o seu art. 16, n. 1, ainda que implicitamente, está a conceder grau supraconstitucional a todo o Direito Internacional dos Direitos do Homem, tanto de fonte consuetudinária, como convencional. De facto, à expressão ‘não excluem’ não pode ser concedido um alcance meramente quantitativo: ela tem de ser interpretada como querendo significar também que, em caso de conflito entre as normas constitucionais e o Direito Internacional em matéria de direitos fundamentais, será este que prevalecerá”⁵⁰.

Ao realçar a supremacia do Direito Internacional em relação ao ordenamento jurídico nacional, argumenta ainda Hildebrando Accioly: “É lícito sustentar-se, de acordo, aliás, com a opinião da maioria dos internacionalistas contemporâneos, que o Direito Internacional é superior ao Estado, tem supremacia sobre o direito interno, por isto que deriva de um princípio superior à vontade dos Estados: Não se dirá que o poder do Estado seja uma delegação do direito internacional; mas parece incontestável que este consigne um limite jurídico ao dito poder. (...) Realmente, se é verdade que uma lei interna revoga outra ou outras anteriores, contrárias à primeira, o mesmo não se poderá dizer quando a lei anterior representa direito convencional transformado em direito interno, porque o Estado tem o dever de respeitar suas obrigações contratuais e não as pode revogar unilateralmente. Daí

50. André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, *Manual de direito internacional público*, p. 103 e 117. Adicionam os autores: “Quanto aos demais tratados de Direito Internacional Convencional particular, ai sim, pensamos que eles cedem perante a Constituição mas tem valor supralegal, isto é, prevalecem sobre a lei interna, anterior e posterior. Ou seja, adoptamos a posição que se encontra expressamente consagrada nas Constituições francesa, holandesa e grega” (p. 121). No mesmo sentido ainda, afirma Hernan Montealegre: “É um princípio aceito por nossos Direitos internos, hoje em dia, que o Direito Internacional dos Direitos Humanos tem primazia sobre o ordenamento jurídico interno” (Posição que ocupa el derecho internacional de los derechos humanos en relación con la jerarquía normativa del sistema jurídico nacional, posible conflicto entre normas incompatibles. in *Derecho internacional de los derechos humanos*, p. 20). Ver ainda Celso de Albuquerque Mello, O parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal, in Ricardo Lobo Torres, *Teoría dos direitos fundamentais*, p. 25.

podem 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. Daí também a razão por que a Corte Permanente de Justiça Internacional, em parecer consultivo proferido a 31 de julho de 1930, declarou: "É princípio geralmente reconhecido, do Direito Internacional, que, nas relações entre potências contratantes de um tratado, as disposições de uma lei interna não podem prevalecer sobre as do tratado"⁵¹.

No mesmo sentido, leciona Marotta Rangel: "A superioridade do tratado em relação às normas do Direito Interno é consagrada pela jurisprudência internacional e tem por fundamento a noção de unidade e solidariedade do gênero humano e deflui normalmente de princípios jurídicos fundamentais, tal como o *pacta sunt servanda* e o *voluntas civitatis maxime est servanda*"⁵².

Destaca-se, ainda, a corrente doutrinária que defende a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, dos tratados de direitos humanos. A respeito, merece menção o entendimento do Ministro Sepúlveda Pertence por ocasião do julgamento do RHC 79.785-RJ, no Supremo Tribunal Federal, em maio de 2000, que envolvia o alcance interpretativo do princípio do duplo grau de jurisdição, previsto pela Convenção Americana de Direitos Humanos. Ressaltou, em seu voto, o referido Ministro: "Desde logo, participo do entendimento unânime do Tribunal que recusa a prevalência sobre a Constituição de qualquer convenção internacional (cf. decisão preliminar sobre o cabimento da ADIn 1.480, cit., Inf. STF 48)". E prosseguiu: "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 (Hans Kelsen, *Teoria geral do direito e do Estado*, trad. M. Fontes, UnB, 1990, p. 255). 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 de direitos humanos.

51. Hildebrando Accioly, *Manual de direito internacional público*, p. 5-6.

52. Vicente Marotta Rangel, Os conflitos entre o direito interno e os tratados internacionais, *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Rio de Janeiro, 1967, p. 54-55, apud Arnaldo Süssekind, *Direito internacional do trabalho*, p. 59.

Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, tendo assim — aproximando-me, creio, da linha desenvolvida no Brasil por Cançado Trindade (Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção de direitos humanos nos planos internacional e nacional em *Arquivos de Direitos Humanos*, 2000, 1/3, 43) e pela ilustrada Flávia Piovesan (A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, em E. Boucault e N. Araújo (org.), *Os direitos humanos e o direito internacional*) — a aceitar a outorga de força supralegal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas — até, se necessário, contra a lei ordinária — sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes".

Esse entendimento consagra a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, dos tratados internacionais de direitos humanos, distinguindo-os dos tratados tradicionais. Divorcia-se, dessa forma, da tese majoritária do STF a respeito da paridade entre tratados internacionais e leis federais⁵³.

Em síntese, há quatro correntes acerca da hierarquia dos tratados de proteção dos direitos humanos, que sustentam: a) a hierarquia supraconstitucional de tais tratados; b) a hierarquia constitucional; c) a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal; e d) a paridade hierárquica entre tratado e lei federal.

No sentido de responder à polêmica doutrinária e jurisprudencial concernente à hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, a Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, introduziu o § 3º no art. 5º, dispondo: "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 à Constituição".

Em face de todos argumentos já expostos, sustenta-se que hierarquia constitucional já se extrai de interpretação conferida ao próprio art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988. Vale dizer, seria mais adequado que a redação do aludido § 3º do art. 5º endossasse a hierarquia formalmente constitucional de todos os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratifi-

53. Destaca-se, ainda, a posição do Ministro Carlos Velloso, em favor da hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos (*vide* julgamento do *Habeas Corpus* n. 82.424-RS, conhecido como o "caso Ellwanger").

cados, afirmando — tal como o fez o texto argentino — que os tratados internacionais de proteção de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro têm hierarquia constitucional⁵⁴.

No entanto, estabelece o § 3º do art. 5º que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas à Constituição.

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.

Observe-se que os tratados de proteção dos direitos humanos ratificados anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004 contaram com ampla maioria na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, excedendo, inclusive, o *quorum* dos três quintos dos membros em cada Casa. Todavia, não foram aprovados por dois turnos de votação, mas em um único turno de votação em cada Casa, uma vez que o procedimento de dois turnos não era tampouco previsto.

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 normas⁵⁵, 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. 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 completo e subsidiário ao principal — hierarquia constitucional e ao instrumento principal, hierarquia meramente legal. Tal situação importaria em agudo anacronismo do sistema jurídico, afrontando, ainda, a teoria geral da recepção acolhida no direito brasileiro⁵⁶.

Ademais, como realça Celso Lafer, “o novo parágrafo 3º do art. 5º pode ser considerado como uma lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo parágrafo 2º do art. 5º. De acordo com a opinião doutrinária tradicional, uma lei interpretativa nada mais faz do que declarar o que preexiste, ao clarificar a lei existente”⁵⁷.

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

56. A título de exemplo, cite-se o Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172, de 25.10.1966), que, embora seja lei ordinária, foi recepcionado como lei complementar, nos termos do art. 146 da Constituição Federal.

57. Celso Lafer, *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*, p. 16.

54. Defendi essa posição em parecer sobre o tema, aprovado em sessão do Conselho Nacional de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, em março de 2004.

55. Celso de Albuquerque Mello, O parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal, in *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 25.

assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano. (...) Deixo acentuado, também, que a evolução jurisprudencial sempre foi uma marca de qualquer jurisdição constitucional. (...) Tenho certeza de que o espírito desta Corte, hoje, mais do que nunca, está preparado para essa atualização jurisprudencial". Por fim, concluiu o Ministro pela supralegalidade dos tratados de direitos humanos.

Ao avançar no enfrentamento do tema, merece ênfase o primoroso voto do Ministro Celso de Mello a respeito do impacto do art. 5º, § 3º, e da necessidade de atualização jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC 87.585-8, em 12 de março de 2008, envolvendo a problemática da prisão civil do depositário infiel. À luz do princípio da máxima efetividade constitucional, advertiu o Ministro Celso de Mello no sentido de que "o Poder Judiciário constitui o instrumento concretizador das liberdades constitucionais e dos direitos fundamentais assegurados pelos tratados e convenções internacionais subscritos pelo Brasil. Essa alta missão, que foi confiada aos juízes e Tribunais, qualifica-se como uma das mais expressivas funções políticas do Poder Judiciário. (...) É dever dos órgãos do Poder Público — e notadamente dos juízes e Tribunais — respeitar e promover a efetivação dos direitos humanos garantidos pelas Constituições dos Estados nacionais e assegurados pelas declarações internacionais, em ordem a permitir a prática de um constitucionalismo democrático aberto ao processo de crescente internacionalização dos direitos básicos da pessoa humana".

É sob esta perspectiva, inspirada na lente *ex parte populi* e no valor ético fundamental da pessoa humana, que o Ministro Celso de Mello reavaliou seu próprio entendimento sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos, para sustentar a existência de um regime jurídico misto, baseado na distinção entre os tratados tradicionais e os tratados de direitos humanos, conferindo aos últimos hierarquia constitucional. Neste sentido, argumentou: "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 veiculadas), posição juridicamente equivalente à das leis ordinárias. As razões invocadas neste julgamento, no entanto, convenceram-me da necessidade de se distinguir, para efeito de definição de sua posição hierárquica em face do ordenamento positivo interno, entre as convenções internacionais sobre direitos humanos (revestidas de 'supralegalidade', como sustenta o eminente Ministro Gilmar Mendes, ou impregnadas de natureza constitucional, como me inclino a reconhecer) e tratados internacionais sobre as demais matérias

(compreendidos estes numa estrita perspectiva de paridade normativa com as leis ordinárias). (...) Tenho para mim que uma abordagem hermenêutica fundada em premissas axiológicas que dão significado realce e expressão ao valor ético-jurídico — constitucionalmente consagrado (CF, art. 4º, II) — da prevalência dos direitos humanos' permitirá, a esta Suprema Corte, rever a sua posição jurisprudencial quanto ao relevantíssimo papel, à influência e à eficácia (derrogatória e inibitória) das convenções internacionais sobre direitos humanos no plano doméstico e infraconstitucional do ordenamento positivo do Estado brasileiro. (...) Em decorrência dessa reforma constitucional, e ressaltadas as hipóteses a ela anteriores (considerado, quanto a estas, o disposto no § 2º do art. 5º da Constituição), tomou-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, consoante prescreve o § 3º do art. 5º da 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".

Em 3 de dezembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, negou provimento ao Recurso Extraordinário n. 466.343, estendendo a proibição da prisão civil por dívida à hipótese de alienação fiduciária em garantia, com fundamento na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 7º, § 7º). Tal dispositivo proíbe a prisão civil por dívida, salvo no caso de inadimplemento de obrigação alimentícia. Diversamente, a Constituição Federal de 1988, no art. 5º, LXVII, embora estabeleça a proibição da prisão civil por dívida, excepciona as hipóteses do depositário infiel e do devedor de alimentos. O entendimento unânime do Supremo Tribunal Federal foi no sentido de conferir prevalência ao valor da liberdade, em detrimento do valor da propriedade, em se tratando de prisão civil do depositário infiel, com ênfase na importância do respeito aos direitos humanos. O Supremo firmou, assim, orientação no sentido de que a prisão civil por dívida no Brasil está restrita à hipótese de inadimplemento voluntário e inescusável de prestação alimentícia. Convergiram, ainda, o Supremo Tribunal Federal em conferir aos tratados de direitos humanos um regime especial e diferenciado, distinto do regime jurídico aplicável aos tratados tradicionais. Todavia, divergiu no que se refere especificamente à hierarquia

a ser atribuída aos tratados de direitos humanos, remanescendo dividida entre a tese da suprallegalidade e a tese da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos, sendo a primeira tese a majoritária, vencidos os Ministros Celso de Mello, Cesar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau, que conferiam aos tratados de direitos humanos *status* constitucional.

A decisão proferida no Recurso Extraordinário n. 466.343 rompe com a jurisprudência anterior do Supremo Tribunal Federal que, desde 1977, por mais de três décadas, parificava os tratados internacionais as leis ordinárias, mitigando e desconsiderando a força normativa dos tratados internacionais. Vale realçar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pertinente à hierarquia dos tratados de direitos humanos tem se revelado marcadamente oscilante, cabendo apontar quatro relevantes precedentes jurisprudenciais: a) o entendimento jurisprudencial até 1977, que consagra o primado do Direito Internacional; b) a decisão do Recurso Extraordinário n. 80.004, em 1977, que equiparou juridicamente tratado e lei federal; c) a decisão do *Habeas Corpus* n. 72.131, em 2005, que manteve, à luz da Constituição de 1988, a teoria da paridade hierárquica entre tratado e lei federal; e, finalmente, d) a decisão do Recurso Extraordinário n. 466.343, em 2008, que conferiu aos tratados de direitos humanos uma hierarquia especial e privilegiada, com realce às teses da suprallegalidade e da constitucionalidade desses tratados, sendo a primeira a majoritária.

O julgado proferido em dezembro de 2008 constitui uma decisão paradigmática, tendo a força catalisadora de impactar a jurisprudência nacional, a fim de assegurar aos tratados de direitos humanos um regime privilegiado no sistema jurídico brasileiro, propiciando a incorporação de parâmetros protetivos internacionais no âmbito doméstico e o advento do controle da convencionalidade das leis. Como enfatiza a Corte Interamericana de Direitos Humanos: "Quando um Estado ratifica a Corte Interamericana como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que lhes obriga a zelar que o efeitos dos dispositivos da Convenção não se vejam mitigados pela aplicação de leis contrárias a seu objeto, e que desde o início careçam de efeitos jurídicos (...) o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de 'controle da convencionalidade das leis' entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte

interamericana, intérprete última da Convenção Americana"⁶¹.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se orientado pelo emblemático julgado proferido no Recurso Extraordinário n. 466.343, destacando-se um amplo repertório jurisprudencial que o adota como referência interpretativa, de forma a consolidar a tese do caráter especial dos tratados internacionais de direitos humanos e de sua suprallegalidade.

Neste sentido, cabe menção à decisão prolatada no HC n. 123.246, em 15 de janeiro de 2009, a respeito da temática da prisão civil de depositário infiel: "Em Sessão Plenária de 3 de dezembro de 2008 (RE n. 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso; RE n. 349.703/RS, Rel. Min. Ilmar Galvão, Rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes; HC n. 87.585/TO, Rel. Min. Marco Aurélio, HC n. 92.566/SP, Rel. Min. Marco Aurélio) o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento segundo o qual, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconsti-

61. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Almonacid Arellano* e outros vs. Chile, sentença de 26 de setembro de 2006. Escassa ainda é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que implementa a jurisprudência da Corte Interamericana, destacando-se até março de 2010 apenas e tão somente dois casos: a) um relativo ao direito do estrangeiro detido de ser informado sobre a assistência consular como parte do devido processo legal criminal, com base na Opinião Consultiva da Corte Interamericana n. 16 de 1999 (ver decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 2006, na Extração n. 954/2006); e b) outro caso relativo ao fim da exigência de diploma para a profissão de jornalista, com fundamento no direito à informação e na liberdade de expressão, à luz da Opinião Consultiva da Corte Interamericana n. 5 de 1985 (ver decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 2009, no RE 511.961). Levantamento realizado acerca das decisões do Supremo Tribunal Federal baseadas em precedentes judiciais de órgãos internacionais e estrangeiros, constata que 80 casos aludem à jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, ao passo que 58 casos aludem à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha — enquanto, reitere-se, apenas 2 casos amparam-se na jurisprudência da Corte Interamericana. Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva, *Integração e diálogo constitucional na América do Sul*, In: Armin Von Bogdandy, Flávia Piovesan e Mariela Morales Antoniazzi (coord.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 529. Apenas são localizados julgados que remetem à incidência de dispositivos da Convenção Americana — nesta edição, foram localizados 79 acórdãos versando sobre: prisão do depositário infiel; duplo grau de jurisdição; uso de algemas; individualização da pena; presunção de inocência; direito de recorrer em liberdade; razoável duração do processo, dentre outros temas especialmente afetos ao garantismo penal.

tucional com ela conflitante. Nesse sentido, concluiu o Tribunal que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pelo ato de adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralísante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria. Tendo em vista o caráter suprallegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. Enfim, desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo suprallegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim, o Supremo Tribunal Federal restringiu a possibilidade de prisão civil à hipótese de descumprimento inescusável de prestação alimentícia, o que motivou o cancelamento da Súmula n. 619 desta Corte⁶².

Em outro julgado sobre a mesma matéria, endossou o Supremo Tribunal Federal o *status* normativo suprallegal dos tratados internacionais de direitos humanos: “Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão

62. HC 123.246, 15 de janeiro de 2009, Min. Gilmar Mendes (art. 13, VIII, RI-STF). Na mesma direção, RE 497.634, Rel. Min. Eros Grau, j. 17.3.2010, *DJe*, 8.4.2010; HC 100.888-MC, Rel. Min. Carlos Brito, *DJe*, 7.10.2009; HC 98.893-MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 9.6.2009, *DJe*, 12.6.2009; RE 562.051, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 3.6.2009, *DJe*, 15.6.2009; HC 96.778, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 11.5.2009, *DJe*, 15.5.2009; HC 99.211, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 27.5.2009, *DJe*, 9.6.2009; HC 96.020, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 27.4.2009, *DJe*, 5.5.2009; HC 93.231, Rel. Min. Eros Grau, j. 11.3.2009, *DJe*, 17.3.2009; e HC 97.467, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 3.3.2009, *DJe*, 12.3.2009.

civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo suprallegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei n. 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002). (...) A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua trílice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei n. 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis cívicas e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão ‘depositário infiel’ insculpidos no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional. (...) ‘Prisão Civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentabilidade da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE n. 349.703 e dos HCs n. 87.585 e n. 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.’ (RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, *DJe* 4.6.2009). 7. Dessa orientação jurisprudencial não divergiu o acórdão recorrido. 8. Pelo exposto, nego seguimento a este agravo (art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal)⁶³.

63. AI 705.483, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 30.9.2010, *DJe*, 15.10.2010.

Este trabalho, contudo, insiste na tese de que o novo dispositivo do art. 5º, § 3º, vem a reconhecer de modo explícito a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, reforçando, desse modo, a existência de um regime jurídico misto, que distingue os tratados de direitos humanos dos tratados tradicionais de cunho comercial. Isto é, ainda que fossem aprovados pelo elevado *quorum* de três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, os tratados comerciais não passariam a ter *status* formal de norma constitucional tão somente pelo procedimento de sua aprovação.

Se os tratados de direitos humanos ratificados anteriormente à Emenda n. 45/2004, por força dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição, são normas material e formalmente constitucionais, com relação aos novos tratados de direitos humanos a serem ratificados, por força do § 2º do mesmo art. 5º, independentemente de seu *quorum* de aprovação, serão normas materialmente constitucionais. Contudo, para converterem-se em normas também formalmente constitucionais deverão percorrer o procedimento demandado pelo § 3º. No mesmo sentido, afirma Celso Lafer: "Com a vigência da Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004, os tratados internacionais a que o Brasil venha a aderir, para serem recepcionados formalmente como normas constitucionais, devem obedecer ao *iter* previsto no novo parágrafo 3º do art. 5º"⁶⁴.

Isto porque, a partir de um reconhecimento explícito da natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, o § 3º do art. 5º permite atribuir o *status* de norma formalmente constitucional aos tratados de direitos humanos que obedecerem ao procedimento nele contemplado. Logo, para que os tratados de direitos humanos a serem ratificados obtenham assento formal na Constituição, requer-se a observância de *quorum* qualificado de três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos — que é justamente o *quorum* exigido para a aprovação de emendas à Constituição, nos termos do art. 60, § 2º, da Carta de 1988. Nessa hipótese, os tratados de direitos humanos formalmente constitucionais são equiparados às emendas à Constituição, isto é, passam a integrar formalmente o Texto Constitucional. Note-se que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo foram os primeiros tratados in-

64. Celso Lafer, *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*, p. 17.

ternacionais de direitos humanos aprovados nos termos do § 3º do art. 5º, por meio do Decreto Legislativo n. 186, de 10 de julho de 2008.

Vale dizer, com o advento do § 3º do art. 5º surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais. Frise-se: todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do § 2º do art. 5º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do § 3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal.

Ainda que todos os tratados de direitos humanos sejam recepcionados em grau constitucional, por veicularem matéria e conteúdo essencialmente constitucional, importa realçar a diversidade de regimes jurídicos que se aplica aos tratados apenas 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 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. Ateente-se que as cláusulas pétreas resguardam o núcleo material da Constituição, que compõe os valores fundamentais da ordem constitucional. Nesse sentido, os valores da separação dos Poderes e da federação — valores que asseguram a descentralização orgânica e espacial do poder político —, o valor do voto direto, universal e periódico e dos direitos e garantias individuais — valores

65. Como leciona Ingo Wolfgang Sarlet: "Inobstante não necessariamente ligada à fundamentalidade formal, é por intermédio do direito constitucional positivo (art. 5º, parágrafo 2º da CF) que a noção de fundamentalidade material permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes de seu texto, e, portanto, apenas materialmente fundamentais, assim como há direitos fundamentais situados fora do catálogo, mas integrantes da Constituição formal" (*A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 81).

que asseguram o princípio democrático —, compõem a tônica do constitucionalismo inaugurado com a transição democrática. Os direitos enunciados em tratados internacionais em que o Brasil seja parte ficam resguardados pela cláusula pétreia “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 signatário. Com efeito, os tratados internacionais de direitos humanos estabelecem regras específicas concernentes à possibilidade de denúncia por parte do Estado signatário⁶⁶. Os direitos internacionais poderão ser subtraídos pelo mesmo Estado que os incorporou, em face das peculiaridades do regime de direito internacional público. Vale dizer, cabe ao Estado-parte tanto o ato de ratificação do tratado como o de denúncia, ou seja, o ato de retirada do mesmo tratado. Os direitos internacionais apresentam, assim, natureza constitucional diferenciada.

Cabe considerar, todavia, que seria mais coerente aplicar ao ato de denúncia o mesmo procedimento aplicável ao ato de ratificação. Isto é, se, para a ratificação é necessário um ato complexo, fruto da conjugação de vontades do Executivo e Legislativo, para o ato de denúncia também este deveria ser o procedimento. Propõe-se aqui a necessidade do requisito de prévia autorização pelo Legislativo de ato de denúncia de determinado tratado internacional pelo Executivo, o que democratizaria o processo, como assinala o Direito comparado⁶⁷. Entretanto, no Direito brasileiro, a denúncia

66. A título de exemplo, vide o art. 12 do Protocolo Facultativo relativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; o art. 78 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; o art. 31 da Convenção contra a Tortura; o art. 52 da Convenção sobre os Direitos das Crianças; e o art. 21 da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial. Essas disposições são enfáticas em afirmar que a denúncia não eximirá o Estado-parte das obrigações que lhe impõem os respectivos tratados internacionais, relativamente a qualquer ação ou omissão ocorrida antes da data em que a denúncia vier a produzir efeitos.

67. Ressalta A. A. Cançado Trindade: “Um dos exemplos mais comumente lembrados em nossos dias de Constituições recentes que, reconhecendo a importância dos tratados de direitos humanos, os singularizaram e a eles estendem cuidado especial, é o da Constituição espanhola de 1978, que submete a eventual denúncia de tratados sobre direitos e deveres fundamentais ao requisito da prévia autorização ou aprovação do Legislativo (arts. 96 (2)

continua a constituir ato privativo do Executivo, que não requer qualquer participação do Legislativo⁶⁸. Defende-se a posição de Celso D. de Albuquerque Mello: “A revisão a nosso ver deve ser no sentido de se restringir a autonomia do Executivo para condução da política externa. Ela deve ser feita no sentido de se exigir a aprovação do Legislativo para a denúncia de tratados relativos aos direitos do homem, às convenções internacionais do trabalho, os que criam organizações internacionais e às convenções de direito humanitário. (...) O controle pelo Legislativo é o meio de se democratizar a política externa e de ela vir a atender os anseios da nação”⁶⁹.

Diversamente dos tratados materialmente constitucionais, os tratados material e formalmente constitucionais não podem ser objeto de denúncia. Isto porque os direitos neles enunciados receberam assento no Texto Cons-

e 94 (1) (c)). Fortalecem-se, desse modo, os tratados de direitos humanos” (A interação entre o direito internacional e o direito interno, p. 29). Observe-se que há outras Constituições que sujeitam a prévia aprovação legislativa a denúncia de tratados em geral, como, por exemplo, a Constituição da Suécia (com as emendas de 1976-1977, art. 4º), a Constituição holandesa de 1983 (art. 91 (1)) e, anteriormente, a Constituição da Dinamarca de 1953 (art. 19 (1)). Destaque-se ainda a Constituição da Argentina que, a partir da reforma constitucional de 1994, passou a exigir que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos só possam ser denunciados pelo Executivo mediante a prévia aprovação de dois terços dos membros de cada Câmara.

68. Essa concepção vem externada por Hildebrando Accioly: “O ato da denúncia, como o da ratificação, é de caráter essencialmente executivo e cabe ao órgão incumbido da representação do Estado nas relações internacionais. Assim, se o ato internacional de que se trata pertence à categoria daqueles que exigem ratificação, precedida da aprovação do Poder Legislativo, sua denúncia unilateral já terá sido autorizada por este, ao aprovar o respectivo texto, no qual, como acabamos de dizer, a denúncia terá sido admitida” (A denúncia e a promulgação de tratados no Brasil, *Jornal do Commercio*, Rio de Janeiro, de 2.9.1956, apud Arnaldo Süssekind, *Direito internacional do trabalho*, p. 53). Em sentido contrário, compartilha-se da posição de Arnaldo Süssekind quando argumenta: “O governo do país é, sem dúvida, quem pratica os atos administrativos que formalizam a ratificação e a denúncia dos tratados. E assim é no Brasil. Mas se o Governo não pode ratificar um tratado ou a ele aderir sem que o mesmo haja sido previamente aprovado pelo Congresso Nacional, segue-se a *fortiori*, que não poderá denunciá-lo, fazendo cessar sua vigência no ou para o país, independentemente de autorização do Legislativo. Consoante o magistério de Pontes de Miranda, a aprovação de tratado, convenção ou acordo, permitindo que o Poder Executivo o denuncie, sem consulta, nem aprovação, é subversivo aos princípios constitucionais” (Arnaldo Süssekind, *Direito internacional do trabalho*, p. 53).

69. Celso D. de Albuquerque Mello. Constituição e relações internacionais, in *A nova Constituição e o direito internacional*, p. 28 e 33.

titucional, não apenas pela matéria que veiculam, mas pelo grau de legitimidade popular contemplado pelo especial e dificultoso processo de sua aprovação, concernente à maioria de três quintos dos votos dos membros, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação. Ora, 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, como já apontado. É como se o Estado houvesse renunciado a essa prerrogativa de denúncia, em virtude da “constitucionalização formal” do tratado no âmbito jurídico interno.

Em suma: os tratados de direitos humanos materialmente constitucionais são suscetíveis de denúncia, em virtude das peculiaridades do regime de Direito Internacional público, sendo de rigor a democratização do processo de denúncia, com a necessária participação do Legislativo. Já os tratados de direitos humanos material e formalmente constitucionais são insuscetíveis de denúncia.

Por fim, falta a este estudo examinar, ainda que-brevemente, o modo pelo qual o direito comparado trata da interação entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e a ordem jurídica nacional. Como será demonstrado, a sistemática constitucional introduzida pela Carta brasileira de 1988 se situa num contexto em que inúmeras Constituições latino-americanas buscam dispensar aos preceitos constantes dos tratados internacionais de direitos humanos uma natureza jurídica privilegiada.

Destaque-se, inicialmente, a Constituição da Argentina, após a reforma constitucional de 1994, ao dispor, no art. 75, inciso 22, que, enquanto os tratados em geral têm hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, os tratados de proteção dos direitos humanos têm hierarquia constitucional, complementando os direitos e garantias constitucionalmente reconhecidos.⁷⁰

70. Estabelece o art. 75, inciso 22, da Constituição argentina: “Corresponde ao Congresso: aprovar ou rejeitar tratados concluídos com as demais Nações e com as Organizações internacionais (...). Os tratados têm hierarquia superior às leis. A Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem; a Declaração Universal de Direitos Humanos; a Convenção Americana de Direitos Humanos; o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e seu Protocolo Facultativo; a Convenção sobre a Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio; a Convenção

Adiciona que os tratados de direitos humanos só poderão ser denunciados pelo Poder Executivo mediante prévia autorização de dois terços da totalidade dos membros de cada Câmara do Legislativo.

A Constituição da Venezuela de 1999 prescreve, em seu art. 23, que os tratados, pactos e convenções internacionais relativos a direitos humanos, subscritos e ratificados pela Venezuela, têm hierarquia constitucional e prevalecem na ordem interna, na medida em que contenham normas sobre seu gozo e exercício mais favoráveis às estabelecidas pela Constituição e têm aplicação imediata e direta pelos tribunais e demais órgãos do Poder Público.

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 Constituição⁷¹. 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

Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial; a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes; a Convenção sobre os Direitos da Criança; nas condições de sua vigência têm hierarquia de norma constitucional (...).”

71. No dizer de Héctor Fix-Zamudio: “No campo da tutela dos direitos humanos, podemos destacar dois aspectos essenciais: em primeiro lugar, o estabelecimento paulatino de preceitos nas Cartas constitucionais, que outorgam aos pactos internacionais sobre direitos humanos um valor superior ao das leis ordinárias, cujo aspecto mais avançado se verifica na Constituição peruana de 1979, que confere a esses Pactos, quando ratificados e aprovados pelo Governo peruano, a categoria de disposições de natureza constitucional. Em segundo lugar, o reconhecimento de organismos internacionais e regionais de proteção dos direitos humanos, que na mesma Constituição peruana se traduzem em expressas disposições de caráter fundamental” (*Protección jurídica de los derechos humanos*, p. 173). Para Francisco Eguiguren Praeli: “O art. 105, o mais avançado da Carta de 1979, estabelece que os preceitos sobre direitos humanos constantes dos tratados internacionais ratificados pelo Peru têm hierarquia constitucional, só podendo ser modificados pelo procedimento que se observa para a reforma da própria Constituição. Vale dizer, se se pretende modificar um preceito contido em uma norma de direitos humanos, incorporada pelo Direito interno, que lhe atribui hierarquia constitucional, há de ser respeitado o procedimento de reforma constitucional” (Normas internacionales sobre derechos humanos, Constitución y Derecho interno, in *De-recto internacional de los derechos humanos*, p. 47).

dos direitos humanos, adicionando que os direitos humanos enunciados nos tratados conformam a ordem jurídica e vinculam os poderes públicos⁷².

Por sua vez, 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 na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Essa Constituição confere, assim, hierarquia constitucional aos direitos constantes dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos.

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.

Enquanto às Constituições do Peru, da Argentina, da Venezuela e da Nicarágua atribuem hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos, as Cartas da Guatemala e da Colômbia lhes atribuem hierarquia especial, com preeminência sobre a legislação ordinária e o restante do direito interno⁷³.

Também a Constituição do Chile de 1980, em decorrência da reforma constitucional de 1989, passou a consagrar o dever dos órgãos do Estado de respeitar e promover os direitos garantidos pelos tratados internacionais ratificados por aquele país.

Logo, é neste contexto — marcado pela tendência de Constituições latino-americanas recentes a conceder tratamento especial ou diferenciado aos direitos e garantias internacionalmente consagrados — que se insere a

72. Sobre o tema, consultar Mijail Mendoza Escalante, *Los tratados internacionales de derechos humanos y su aplicación, Actualidad Jurídica*, n. 157, p. 161-164, Lima, dez. 2006.

73. A. A. Cançado Trindade, *A interação entre o direito internacional e o direito interno*, p. 30-31.

inovação do art. 5º, § 2º, da Carta brasileira. Ao estatuir que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros, decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, a Constituição de 1988 passa a incorporar os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos ao universo dos direitos constitucionalmente consagrados.

d) A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos

Não bastasse esse extraordinário avanço, outro se acrescenta.

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 definição de direitos e garantias, conclui-se que tais normas merecem aplicação imediata.

Portanto, como pontua Antônio Augusto Cançado Trindade, “se para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar às suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais neles garantidos, consoante os arts. 5º (2) e 5º (1) da Constituição brasileira de 1988, passam a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno”⁷⁴.

74. Antônio Augusto Cançado Trindade, *A interação entre o direito internacional e o direito interno*, p. 30-31. No mesmo sentido, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins: “A novidade do dispositivo (art. 5º, parágrafo 2º) repousa na referência feita aos ‘tratados internacionais’ em que a República Federativa do Brasil seja parte. (...) De qualquer sorte, esta referência é de grande importância porque o texto constitucional está a permitir a invocação, pelos interessados, a partir dos tratados internacionais, o que não se admitia, então, no Brasil. A doutrina dominante exigia a intermediação de um ato de força legislativa para tornar obrigatório à ordem interna um tratado internacional. A menção do parágrafo em questão ao direito internacional como fonte possível de direitos e garantias deverá trazer mudanças sensíveis em alguns aspectos do nosso direito. Não será mais possível a sustentação da tese dualista, é dizer, a de que os tratados obrigam diretamente aos Estados, mas não geram direitos subjetivos para os particulares, que ficariam na dependência da referida intermediação legislativa” (*Comentários à Constituição do Brasil*, v. 2, p. 396).

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 vigência⁷⁵. 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 internacionalmente assegurado. Nas lições precisas de Agustín Gordillo: “Todavia, não apenas o Tribunal nacional, mas também e especialmente o Tribunal

75. Leciona Agustín Gordillo: “Em matéria de direitos humanos em geral temos uma ordem jurídica supranacional e supraconstitucional a cumprir, operativa, direta e imediatamente aplicável também ao ordenamento interno, por juízes e demais órgãos nacionais do Estado. (...) Como consequência da aplicação direta da Convenção (Americana), toda norma contrária preexistente — seja legal ou regulamentadora — perde automaticamente a vigência, a partir da entrada em vigor da Convenção, na medida em que a respectiva cláusula pode ser interpretada como operativa” (*Derechos humanos, doctrina, casos y materiales: parte general*, p. 45 e 48).

internacional competente, estão expressamente facultados a declarar a antijuridicidade da conduta e, conseqüentemente, invalidá-la, aplicando ainda sanções pecuniárias em favor da pessoa física que sofreu violação a direito fundamental, por atos, ações ou omissões de seu país, no plano interno”⁷⁶.

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 implemente⁷⁷. Essa legislação, reitera-se, é ato inteiramente distinto do ato da ratificação do tratado.

76. No dizer de Agustín Gordillo: “Ainda que, por hipótese, não exista uma sanção puntual e específica estabelecida na Convenção para o caso do descumprimento de suas normas, o Tribunal nacional e internacional têm sempre como obrigação mínima invalidar toda atuação ou comportamento estatal ou privado que haja afrontado tais preceitos jurídicos. Se se tratar de um comportamento material, corresponderá ao Tribunal ordenar a cessação do mesmo. (...) Essa invalidação ou privação de efeitos, que poderá ser constitutiva ou declaratória, segundo a gravidade da infração, constitui por certo uma sanção, que integra o conceito de norma jurídica da respectiva disposição, ainda que em estrita aproximação kelseniana. (...)” (*Derechos humanos*, p. 51-52). E adiciona o mesmo autor: “estamos vislumbrando um Direito objetivo e compulsivo, um Direito que obriga plenamente, refletindo uma ordem pública comum” (p. 51). Conclui-se assim que os tratados internacionais têm imperatividade, na medida em que contêm um mandamento, uma prescrição, com força jurídica, e não apenas moral.

77. Nas palavras de Virginia Leary: “O *status* dos tratados no Direito Interno é determinado por duas diferentes técnicas constitucionais, mencionadas neste estudo como ‘incorporação legislativa’ e ‘incorporação automática’. Em alguns Estados as previsões de tratados ratificados não se transformam em leis internas; ao menos que sejam adotadas como legislação pelos métodos ordinários. O ato legislativo que edita a lei como norma interna é um ato inteiramente distinto do ato de ratificação do tratado. Os órgãos do Legislativo podem se recusar a adotar uma legislação que implemente o tratado. Nestes casos, as previsões do tratado não se tornam direito interno. Este método, conhecido como ‘incorporação legislativa’ é acolhido, dentre outros, pelo Reino Unido, pelos países do *Commonwealth* e pelos países escandinavos. Em outros Estados, que possuem um sistema diferente, os tratados ratificados se transformam em lei interna em virtude da ratificação. Este método é chamado ‘incorporação automática’ e o método adotado, dentre outros, pela França, Suíça, Países Baixos, Estados Unidos e alguns países latino-americanos, africanos e asiáticos. É importante observar que, em muitos Estados, a promulgação ou publicação dos tratados podem

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 reconhece 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 de incorporação não automática reflete a concepção dualista, pela qual há duas ordens jurídicas diversas, independentes e auto-

tônomas: a ordem jurídica nacional e a ordem internacional, que não apresentam contato nem qualquer interferência⁷⁸.

78. Nesse sentido, esclarece Pinto Ferreira: "O problema da incorporação dos tratados à ordem interna do País é polémico. Delimitam-se duas correntes: a) monista, para a qual não existem limites entre a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica interna, e assim, uma vez celebrado o tratado, este obriga no plano interno; b) dualista, para a qual existe uma dualidade de ordens jurídicas, uma interna e outra externa, sendo então necessário e indispensável um ato de recepção introduzindo as regras constantes do tratado celebrado no plano do direito interno positivo" (*Comentários à Constituição brasileira*, arts. 54 a 91, v. 3, p. 558). No mesmo sentido, indaga Luiz Flávio Gomes: "A partir de que momento as regras internacionais tornam-se internamente obrigatórias? Uma vez mais instaurou-se a polémica entre monistas e dualistas. Para os primeiros, basta a 'ratificação' do tratado e automaticamente dá-se sua vigência interna; para os segundos que se apoiam na teoria da incorporação, a norma internacional só pode ser validamente aplicada no âmbito interno se for 'transformada' em norma jurídica interna" (A questão da obrigatoriedade dos tratados e convenções no Brasil, *Revista dos Tribunais*, p. 22). Para Arnaldo Süssekind: "A questão se resume na prevalência da concepção monista ou da dualista em relação às ordens jurídicas. Para a teoria monista não há independência, mas interdependência entre a ordem jurídica internacional e a nacional, razão por que a ratificação do tratado por um Estado importa na incorporação automática de suas normas à respectiva legislação interna. Para a teoria dualista, as duas ordens jurídicas — internacional e nacional — são independentes e não se comisturam. A ratificação do tratado importa no compromisso de legislar na conformidade do diploma ratificado, sob pena de responsabilidade do Estado na esfera internacional; mas a complementação ou modificação do sistema jurídico interno exige um ato formal por parte do legislador nacional. (...) O *pacta sunt servanda* tem por fundamento jurídico o ato soberano do Estado em obrigar-se por um tratado, num mundo que impõe a interdependência do estágio de desenvolvimento em que se encontram. Daí a larga aceitação da teoria monista, que foi consagrada pelo direito interno de muitos países, tais como Alemanha, Áustria, Bélgica, Espanha, Estados Unidos, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Itália, Luxemburgo, Portugal, Suécia, Suíça, países africanos de idioma francês e diversos Estados latino-americanos, sendo que, em vários deles, vigora preceito constitucional a respeito. Por outro lado, tanto o Tribunal Internacional de Justiça, como o Tribunal de Justiça das comunidades europeias adotaram essa tese" (*Direito internacional do trabalho*, p. 60-63). Sobre as correntes monista e dualista, afirma Celso D. de Albuquerque Mello: "Encontramos, em oposição ao dualismo, a concepção denominada monismo, ou seja, a teoria que não aceita a existência de duas ordens jurídicas autônomas, independentes e não derivadas. O monismo sustenta, de um modo geral, a existência de uma única ordem jurídica. Esta concepção tem duas posições: uma, que defende a primazia do direito interno, e outra, a primazia do direito internacional. (...) O monismo, com primazia do Direito Internacional foi desenvolvido principalmente pela escola de Viena (Kelsen, Verdross, Kunz etc.). Kelsen, ao formular a teoria pura do direito, enunciou a célebre pirâmide de normas. Uma norma tinha a sua origem e tirava a sua obrigatoriedade da norma que lhe era imediatamente superior. No vértice da

Ao diferenciar as concepções monista e dualista, afirma Rebecca M. Wallace: "Os monistas concebem o Direito como uma unidade e, conseqüentemente, as normas internacionais e internas, como parte integrante do mesmo ordenamento. Na hipótese de conflito entre a norma internacional e a norma nacional, a maior parte dos monistas entende que o Direito Internacional deve, inquestionavelmente, prevalecer. Os dualistas concebem o Direito Interno e o Direito Internacional como ordens independentes entre si. Os dois sistemas, sob esta ótica, regulam diferentes matérias. O Direito Internacional disciplinaria as relações entre Estados soberanos enquanto o Direito Interno disciplinaria os assuntos internos dos Estados como, por exemplo, as relações entre o poder Executivo e os indivíduos e

pirâmide estava a norma jurídica fundamental, a norma base (*Grundnorm*), que era uma hipótese, e cada jurista podia escolher qual seria ela. Diante disso, a concepção kelseniana foi denominada na sua primeira fase de teoria da livre escolha; posteriormente, por influência de Verdross, Kelsen sai do seu 'indiferentismo' e passa a considerar a *Grundnorm* como sendo uma norma de Direito Internacional: a norma costumeira *pacta sunt servanda*. Em 1927, Duguit e Politis defendem o primado do Direito Internacional e com eles toda a escola realista francesa, que apresenta em seu favor argumentos sociológicos" (*Curso de direito internacional*, p. 64-65) Para Virginia Leary: "Uma forte preferência pela teoria monista sob a supremacia do Direito Internacional ditaria a prioridade dos enunciados dos tratados com as Constituições e leis locais, independentemente se posterior ou anterior a estas e independentemente de a questão ter sido suscitada no sistema internacional ou nacional. A posição dualista acolheria a proposição de que as normas internacionais merecem prevalecer no Direito Internacional e as normas internas no Direito Interno" (*International labor conventions*, p. 40). Por fim, na lição de Hans Kelsen: "A antítese entre as duas concepções legais pode ser comparada com a antítese entre o Geocentrismo de Ptolomeu e a visão heliocêntrica do universo formulada por Copérnico. Se, de acordo com uma das concepções, o próprio Estado é o centro do direito mundial, na visão de Ptolomeu, da mesma forma, a Terra é o centro ao redor do qual o Sol gira. Se, de acordo com a outra concepção, o Sol Internacional é o centro do direito mundial, do mesmo modo, na visão de Copérnico, o Sol é o centro ao redor do qual a Terra gira. Todavia, o contraste entre as duas concepções astronômicas do universo é apenas um contraste entre dois diferentes sistemas de referência (...) A mesma verdade se aplica às duas correntes doutrinárias no que concerne à relação entre o Direito Nacional e o Direito Internacional. O contraste entre elas repousa na diferença entre o Direito Interno e o Direito Internacional. Seu contraste repousa na diferença entre dois sistemas de referência. Um deles é baseado na ordem jurídica de um Estado em particular e o outro é baseado na ordem jurídica internacional. Ambos os sistemas são igualmente corretos e igualmente justificáveis. É impossível decidir entre eles com base na ciência do Direito. (...) Aquele que preza a ideia de soberania do Estado, optará pela primazia da ordem jurídica nacional. Aquele que valoriza a ideia de uma organização jurídica do mundo optará pela primazia do Direito Internacional" (*Pure theory of law*, p. 345-346).

as relações entre os próprios cidadãos. Neste sentido, os dualistas argumentam que os dois sistemas são mutuamente excludentes e não apresentam qualquer contacto entre si e nem mesmo qualquer interferência um no outro. Se o Direito Internacional é, por sua vez, aplicado a um Estado, é porque este, expressamente, incorporou os enunciados internacionais no Direito Interno⁷⁹. Ainda sobre a matéria, esclarecem André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros: "Perante a existência de duas ordens jurídicas, a dual e a internacional, ou se entende que as duas são independentes uma da outra e que cada uma delas precisa de ter normas específicas sobre a sua relação recíproca, ou se pensa, ao contrário, que o Direito constitui uma unidade, de que ambas são meras manifestações, ficando a validade das normas interna e internacional a resultar da mesma fonte a elas comum. No primeiro caso estamos perante o dualismo ou pluralismo; no segundo caso temos o monismo. Por sua vez, a construção monista difere conforme, em caso de conflito entre as ordens interna e internacional, der prevalência à norma interna ou à norma internacional: na primeira hipótese, temos o monismo com o primado do Direito interno; na segunda, o monismo com o primado do Direito internacional. (...) Para os dualistas a norma interna vale independentemente da regra internacional, podendo, quando muito, levar à responsabilidade do Estado; mas a norma internacional só vale quando for recebida, isto é, transformada em lei interna. A simples ratificação não opera essa transformação"⁸⁰.

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

79. Rebecca M. M. Wallace, *International law*, p. 35.

80. André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, *Manual de direito internacional público*, p. 82-84.

te 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 nacional⁸¹ — 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 seja essa 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 direitos 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.

O § 3º do art. 5º não somente veio a fortalecer o entendimento em prol da incorporação automática dos tratados de direitos humanos. Isto é, não parece razoável, a título ilustrativo, que, após todo o processo solene e especial de aprovação do tratado de direitos humanos (com a observância do *quorum* exigido pelo art. 60, § 2º), fique a sua incorporação no âmbito interno condicionada a um decreto do Presidente da República. Note-se, todavia, que a expedição de tal decreto tem sido exigida pela jurisprudência do STF, como um “momento culminante” no processo de

81. Na lição de Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins: “Os arts. 3º e 4º são que dão corpo a esta delicada matéria do relacionamento do Brasil com a ordem internacional, mas, de maneira inacreditável, nenhum dos dispositivos estatui de forma a tornar clara qual a posição hierárquica do direito internacional perante o direito interno. Isto significa dizer que o direito internacional não vincula internamente, ou, em outras palavras, não pode ser fonte de direitos e obrigações no direito interno senão na medida em que haja um ato com força legal que o coloque em vigor” (*Comentários à Constituição do Brasil*, v. 1, p. 450-451). Logo, com relação aos tratados internacionais comuns, o Brasil acolhe a corrente dualista, que requer a sistemática da incorporação legislativa.

incorporação dos tratados, sendo uma “manifestação essencial e insuprimível”, por assegurar a promulgação do tratado internamente, garantir o princípio da publicidade e conferir executoriedade ao texto do tratado ratificado, que passa, somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno⁸².

Ao tratar do sistema misto, afirmam André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros: “No sistema misto o Estado não reconhece a vigência automática de todo o Direito Internacional, mas reconhece-o só sobre certas matérias. As normas internacionais respeitantes a essas matérias vigoram, portanto, na ordem interna independentemente de transformação; ao contrário, todas as outras vigoram apenas mediante transformação. Este sistema é conhecido por sistema da cláusula geral da recepção simplena. Este sistema resulta da adoção cumulativa de concepções monistas e dualistas quanto às relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno”⁸³.

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. Ademais, como apreciado no tópico anterior, a Carta de 1988 confere aos tratados de direitos humanos o *status* de norma constitucional, por força do art. 5º, §§ 2º e 3º. O regime jurídico diferenciado conferido aos tratados de direitos humanos não é, todavia,

82. Para o STF: “O decreto presidencial que sucede à aprovação congressional do ato internacional e à troca dos respectivos instrumentos de ratificação, revela-se — enquanto momento culminante do processo de incorporação desse ato internacional ao sistema jurídico doméstico — manifestação essencial e insuprimível, especialmente se considerados os três efeitos básicos que lhe são pertinentes: a) promulgação do tratado internacional; b) a publicação oficial de seu texto; e c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno” (ADI 1.480-DF, Rel. Min. Celso de Mello, *Informativo STF*, n. 109, DJU, 13.5.1998). A respeito, consultar Valério de Oliveira Mazzuoli, *Tratados internacionais: com comentários à Convenção de Viena de 1969*, p. 418. Ver também Arag. 8279-4, de 17.6.1998, acerca de julgamento do STF de Agravo Regimental em Carta Rogatória da República Argentina, envolvendo a aplicação do Protocolo de Medidas Cautelares adotado pelo Conselho do Mercosul. No caso, entendeu o STF pela não aplicação do aludido Protocolo, já que, embora ratificado, ainda não tinha sido expedido o decreto de promulgação, o que inviabilizaria a incorporação do tratado internacional no âmbito interno.

83. André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, *Manual de direito internacional público*, p. 95.

aplicável aos demais tratados, isto é, aos tradicionais. No que tange a estes, adota-se a sistemática da incorporação legislativa, exigindo que, após ratificação, um ato com força de lei (no caso brasileiro esse ato é um decreto expedido pelo Executivo) confira execução e cumprimento aos tratados no plano interno. 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. Ainda no que tange a esses tratados tradicionais e nos termos do art. 102, III, b, da Carta Maior, o Texto lhes atribui natureza de norma infraconstitucional.

Eis o sistema misto propugnado pela Constituição brasileira de 1988, que combina regimes jurídicos diversos — um aplicável aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e o outro aos tratados em geral. Enquanto os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos apresentam *status* constitucional e aplicação imediata (por força do art. 5º, §§ 1º e 2º, da Carta de 1988), os tratados tradicionais apresentam *status* infraconstitucional e aplicação não imediata (por força do art. 102, III, b, da Carta de 1988 e da inexistência de dispositivo constitucional que lhes assegure aplicação imediata).

Acrescente-se que a sistemática de incorporação automática, adotada pela Constituição brasileira no que tange aos tratados de direitos humanos, tem sido uma tendência de algumas Cartas contemporâneas. É o caso da Constituição portuguesa de 1976, que determina que as normas e os princípios de Direito Internacional geral ou comum fazem parte integrante do Direito português. Trata-se do fenômeno da "recepção automática" das normas do Direito Internacional pelo Direito português, mediante o qual tais normas são diretamente aplicáveis pelos tribunais e outras autoridades encarregadas de aplicar o direito. Pela recepção automática, as normas de Direito Internacional entram em vigor no Direito interno português ao mesmo tempo que adquirem vigência na ordem internacional, não exigindo qualquer transformação em lei ou outro ato de direito interno para serem incorporadas no ordenamento interno⁸⁴.

84. O art. 8º da Constituição da República Portuguesa dispõe: "1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português. 2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado português. 3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram diretamente na ordem

Também a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha admi-
te a cláusula geral de recepção plena para o Direito Internacional, ao pres-
crever que as normas gerais do Direito Internacional público são parte inte-
grante do direito federal, prevalecem sobre as leis e constituem fonte direta
de direitos e obrigações para os habitantes do território federal⁸⁵. Na mesma

interna, desde que tal se encontre expressamente estabelecido nos respectivos tratados cons-
titutivos". Para José Joaquim Gomes Canotilho: "A Constituição estabeleceu o princípio de
que as normas e os princípios de Direito Internacional geral ou comum fazem parte inte-
grante do Direito português (cfr. art. 8º/1). Trata-se de uma fórmula oriunda do projecto da
Constituição de Weimar e geralmente interpretada como pretendendo significar que o direi-
to internacional faz parte do direito interno (cfr. a velha fórmula de Blackstone, frequen-
temente citada — *international law is part of the law of the land*). Independentemente dos proble-
mas que a fórmula adoptada pode levantar no domínio das relações entre o direito internacio-
nal e o direito interno, designadamente a questão do monismo ou dualismo e o problema do
primado do direito interno ou do direito internacional, parece poder afirmar-se ter a Consti-
tuição consagrado a doutrina da recepção automática das normas do direito internacional
geral ou comum" (*Direito constitucional*, p. 899-900). Na visão de André Gonçalves Pereira
e Fausto de Quadros: "Assim, o n. 1 do art. 8º da Constituição portuguesa recebe 'as normas
e os princípios de Direito Internacional geral ou comum' através de uma cláusula geral de
recepção plena. É esse o entendimento unânime da doutrina" (*Manual de direito internacio-
nal público*, p. 108). Na interpretação de Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, o Di-
reito Internacional "se beneficia de uma cláusula geral de recepção plena", sendo incorpora-
do como parte integrante do direito português, sem necessidade de observância das regras ou
formas constitucionais específicas de vinculação estadual ao direito internacional" (*Consen-
sários à Constituição do Brasil*, v. 1, p. 452). Sobre a matéria, ver também Jorge Miranda,
Manual de direito constitucional, v. 4, p. 200. Acrescente-se que a Constituição portuguesa
prevê ainda que os direitos fundamentais nela consagrados "não excluem outros constantes
das leis e das regras aplicáveis de direito internacional", adicionando que "os preceitos cons-
titucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados
em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem" (art. 16 (1) e (2)).

85. A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha estabelece no seu art. 25:
"As normas gerais do Direito Internacional Público constituem parte integrante do direito
federal, sobrepõem-se às leis e constituem fonte direta de direitos e obrigações para os ha-
bitantes do território federal". O art. 24 (1), por sua vez, acrescenta: "A federação pode
transferir direitos de soberania para organizações supranacionais". Para Meinhard Hilf: "O
Art. 25 incorpora as regras gerais do Direito Internacional Público como parte integrante do
Direito federal. Estas regras têm prevalência sob toda e qualquer lei e podem diretamente
criar direitos e obrigações para os habitantes do território federal. (...) As regras gerais de
Direito Internacional devem, em conformidade com o art. 25 da Lei Fundamental, prevale-
cer sob as leis. 'Leis', neste contexto, significa leis ordinárias federais ou *the law of the
Land*. Contudo, as regras gerais não podem prevalecer sob as normas constitucionais. Esta
é a opinião da doutrina predominante. Entretanto, há autores que interpretam o termo 'lei'

direção está o Direito francês ao acolher a sistemática da recepção automática do Direito Internacional, acrescentando que "os tratados ou acordos regularmente ratificados ou aprovados possuem, desde a sua publicação autoridade superior à das leis" (art. 55 da Constituição francesa). No Direito suíço, por sua vez, ainda que a Constituição não contenha norma expressa sobre as relações entre o Direito Internacional e o Direito interno, a jurisprudência e a doutrina admitem a recepção plena do Direito Internacional.

A Constituição espanhola, no art. 96, n. 1, ao prever que "os tratados internacionais, logo que publicados oficialmente na Espanha, farão parte da ordem interna espanhola", também consagra a recepção plena e automática do Direito Internacional. No mesmo sentido está a Constituição da Áustria, que, no art. 9º, determina que "as regras geralmente reconhecidas do Direito Internacional são consideradas parte integrante da lei federal".

Reiterando a cláusula da recepção plena do Direito Internacional, destaca-se ainda o art. 63 da Constituição holandesa de 1956, segundo o qual, sendo necessário para o desenvolvimento do Direito Internacional, é permitida a conclusão de um tratado contrário a ela, que deverá, entretanto, ser aprovado por maioria de dois terços dos Estados-Gerais. A Carta holandesa adiciona, no art. 60, seção 3, que os tribunais não podem examinar a constitucionalidade dos tratados.

Nesse cenário e à luz do direito comparado, o que a Constituição brasileira de 1988 assegura é a incorporação automática dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, que detêm aplicação imediata no âmbito nacional. Desde que ratificados, os tratados internacionais irradiam efeitos de plano e asseguram direitos diretos e imediatamente exigíveis no ordenamento interno.

Cabe, assim, ao Poder Judiciário e aos demais Poderes Públicos assegurar a implementação no âmbito nacional das normas internacionais de proteção dos direitos humanos ratificadas pelo Estado brasileiro. As normas internacionais que consagram direitos e garantias fundamentais tornam-se passíveis de vindicação e pronta aplicação ou execução perante o Poder

como toda lei de Direito Interno, inclusive de natureza constitucional. De acordo com esta visão, apenas esta interpretação é capaz de resguardar a decisão da Lei Fundamental de respeitar, em qualquer circunstância, as obrigações internacionais da República Federal da Alemanha. Há ainda aqueles que sustentam que as regras gerais são incorporadas pelo Direito Alemão com a mesma natureza jurídica da Lei Fundamental" (General problems of relations between constitutional law and international law, in *Rights, institutions and impact of international law according to the German Basic Law*, p. 178 e 188).

Judiciário, na medida em que são diretamente aplicáveis. Os indivíduos tornam-se, portanto, beneficiários diretos de instrumentos internacionais voltados à proteção dos direitos humanos.

e) O impacto jurídico dos tratados internacionais de direitos humanos no Direito interno brasileiro

Resta, por fim, avaliar qual o impacto jurídico do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Direito brasileiro. Esta análise remete a toda e qualquer possível consequência jurídica decorrente da incorporação de normas internacionais de direitos humanos pelo ordenamento brasileiro⁸⁶.

Em relação ao impacto jurídico dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro, e considerando a hierarquia constitucional desses tratados, três hipóteses poderão ocorrer. O direito enunciado no tratado internacional poderá: a) coincidir com o direito assegurado pela Constituição (neste caso a Constituição reproduz preceitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos); b) integrar, complementar e ampliar o universo de direitos constitucionalmente previstos; ou c) contrariar preceito do Direito interno.

Com efeito, no ângulo estritamente jurídico, um primeiro impacto observado se atém ao fato de o Direito interno brasileiro, e em particular a Constituição de 1988, conter inúmeros dispositivos que reproduzem fielmente enunciados constantes dos tratados internacionais de direitos humanos. A título de exemplo, merece referência o disposto no art. 5º, III, da Constituição, que, ao prever que "ninguém será submetido a tortura nem a tratamento cruel, desumano ou degradante", é reprodução literal do art. V da Declaração Universal de 1948, do art. 7º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e ainda do art. 5º (2) da Convenção Americana. Também o princípio de que "todos são iguais perante a lei", consagrado no art. 5º, *caput*, da Carta brasileira, reflete cláusula internacional no mesmo sentido, de acordo com o art. VII da Declaração Universal, o art. 26 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o art. 24 da Convenção Americana. Por sua vez, o princípio da inocência presumida, ineditamente

86. Note-se que o Capítulo IX, dedicado à advocacia do Direito Internacional dos Direitos Humanos e às ações internacionais perpetradas contra o Estado brasileiro, será concentrado, fundamentalmente, no impacto político do Direito Internacional dos Direitos Humanos no âmbito brasileiro.

previsto pela Constituição de 1988 em seu art. 5º, LVII, também é resultado de inspiração no Direito Internacional dos Direitos Humanos, nos termos do art. XI da Declaração Universal, do art. 14 (3) do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e do art. 8º (2) da Convenção Americana. Cabe ainda menção ao inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição de 1988, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, que, ao assegurar a todos, no âmbito judicial e administrativo, o direito à razoável duração do processo, é reflexo do art. 7º (5) da Convenção Americana de Direitos Humanos. Esses são apenas alguns exemplos que buscam comprovar quanto o Direito interno brasileiro tem como inspiração, paradigma e referência o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A reprodução de disposições de tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira não apenas reflete o fato de o legislador nacional buscar orientação e inspiração nesse instrumental, mas ainda revela a preocupação do legislador em equacionar o Direito interno, de modo a ajustá-lo, com harmonia e consonância, às obrigações internacionais assumidas pelo Estado brasileiro. Nesse caso, os tratados internacionais de direitos humanos estarão a reforçar o valor jurídico de direitos constitucionalmente assegurados, de forma que eventual violação do direito importará em responsabilização não apenas nacional, mas também internacional.

Um segundo impacto jurídico decorrente da incorporação do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelo Direito interno resulta no alargamento do universo de direitos nacionalmente garantidos. Com efeito, os tratados internacionais de direitos humanos reforçam a Carta de direitos prevista constitucionalmente, inovando-a, integrando-a e completando-a com a inclusão de novos direitos.

A partir dos instrumentos internacionais ratificados pelo Estado brasileiro, é possível elencar inúmeros direitos que, embora não previstos no âmbito nacional, encontram-se enunciados nesses tratados e, assim, passam a se incorporar ao Direito brasileiro. A título de ilustração, cabe mencionar os seguintes direitos: a) direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia, nos termos do art. 11 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; b) proibição de qualquer propaganda em favor da guerra e de qualquer apologia ao ódio nacional, racial ou religioso, que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência, em conformidade com o art. 20 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o art. 13 (5) da Convenção Americana; c) direito das minorias étnicas, religiosas ou linguísticas a ter sua própria

vida cultural, professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua, nos termos do art. 27 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e do art. 30 da Convenção sobre os Direitos da Criança; d) direito de não ser submetido a experiências médicas ou científicas sem consentimento do próprio indivíduo, de acordo com o art. 7º, 2ª parte, do Pacto dos Direitos Civis e Políticos; e) proibição do restabelecimento da pena de morte nos Estados que a hajam abolido, de acordo com o art. 4º (3) da Convenção Americana; f) direito da criança que não tenha completado quinze anos a não ser recrutada pelas Forças Armadas para participar diretamente de conflitos armados, nos termos do art. 38 da Convenção sobre os Direitos da Criança; g) possibilidade de adoção pelos Estados de medidas, no âmbito social, econômico e cultural, que assegurem a adequada proteção de certos grupos raciais, no sentido de que a eles seja garantido o pleno exercício dos direitos humanos e liberdades fundamentais, em conformidade com o art. 1º (4) da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial; h) possibilidade de adoção pelos Estados de medidas temporárias e especiais que objetivem acelerar a igualdade de fato entre homens e mulheres, nos termos do art. 4º da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres; i) vedação da utilização de meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões, nos termos do art. 13 da Convenção Americana⁸⁷; j) direito ao duplo grau de jurisdição como garantia judicial mínima, nos termos dos arts. 8º, *h*, e 25 (1) da Convenção Americana⁸⁸; k) direito do acusado a ser ouvido, nos termos do art. 8º (1)

87. Sobre o tema ver ADPF 130, julgada procedente pelo Supremo Tribunal Federal, para o efeito de declarar como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da lei de imprensa (Lei n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967). A decisão amparou-se na principiologia e nos valores consagrados pela Constituição Federal de 1988, com destaque ao seu art. 220, bem como no art. 14 da Convenção Americana de Direitos Humanos. (ADPF 130, Relator: Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 30.4.2009, DJe 5.11.2009, vol. 02381-01, p. 00001, RTJ, vol. 00213, p. 00020). Ver também julgamento do TRF-3ª R., RHC 96.03.060213-2-SP, 2ª T., Relatora para o Acórdão Juíza Sylvia Steiner, *DIU*, 19.3.1997.

88. Com fundamento nesses preceitos, há julgados que afirmam o direito de apelar em liberdade, determinando seja afastada a incidência do art. 594 do Código de Processo Penal, que estabelece a exigência do recolhimento do réu à prisão para apelar. Nesse sentido, ver Apelação n. 1.011.673/4, julgada em 29.5.1996, 5ª Câmara, Relator designado Walter Swensson, *RJACrim*, 31/120.

da Convenção Americana⁸⁹, 1) direito de toda pessoa detida ou retida a ser julgada em prazo razoável ou ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo, nos termos do art. 7º (5) da Convenção Americana⁹⁰, m) proibição da extradição ou expulsão de pessoa a outro Estado quando houver fundadas razões de que poderá ser submetida a tortura ou a outro tratamento cruel, desumano ou degradante, nos termos do art. 3º da Convenção contra a Tortura e do art. 22, VIII, da Convenção Americana⁹¹.

Esse elenco de direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte inova e amplia o universo de direitos nacionalmente assegurados, na medida em que não se encontram previstos no Direito interno. Observe-se que o elenco não é exaustivo: tem por finalidade apenas apontar, exemplificativamente, direitos consagrados nos instrumentos internacionais ratificados pelo Brasil e que se incorporaram à ordem jurídica interna brasileira. Desse modo, percebe-se como o Direito Internacional dos Direitos Humanos inova, estende e amplia o universo dos direitos constitucionais, tratados assegurados. Como reconhece o Ministro Ricardo Lewandowski, os tratados internacionais de direitos humanos constituem o 'bloco de constitucionalidade', ampliando o núcleo mínimo de direitos e o próprio parâmetro de controle de constitucionalidade⁹².

O Direito Internacional dos Direitos Humanos ainda permite, em determinadas hipóteses, o preenchimento de lacunas apresentadas pelo Direito brasileiro. A título de exemplo, merece destaque decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal acerca da existência jurídica do crime de tortura

contra criança e adolescente, no *Habeas Corpus* n. 70.389-5 (São Paulo; Tribunal Pleno — 23.6.1994; Relator: Ministro Sydney Sanches; Relator para o Acórdão: Ministro Celso de Mello). Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal enfocou a norma constante no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabelece como crime a prática de tortura contra criança e adolescente. A polêmica se instaurou dado o fato de essa norma consagrar um "tipo penal aberto", passível de complementação no que se refere à definição dos diversos meios de execução do delito de tortura. Nesse sentido, entendeu o Supremo Tribunal Federal que os instrumentos internacionais de direitos humanos — em particular a Convenção de Nova York sobre os Direitos da Criança (1990), a Convenção contra a Tortura adotada pela Assembleia Geral da ONU (1984), a Convenção Interamericana contra a Tortura concluída em Cartagena (1985) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), formada no âmbito da OEA (1969) — permitem a integração da norma penal em aberto, a partir do reforço do universo conceitual relativo ao termo "tortura"⁹³. Note-se que essa decisão, proferida em 1994, foi anterior à edição da Lei n. 9.455 de 7 de abril de 1997, que define e pune os crimes de tortura.

A respeito, vale transcrever trechos do louvável voto do Ministro Celso de Mello: "Entendo que se acha configurado na espécie, em todos os seus elementos essenciais, o delito de tortura contra criança e adolescente,

93. Destaque-se a ementa do referido caso: "Tortura contra criança e adolescente — existência jurídica desse crime no Direito Penal Positivo brasileiro — Necessidade de sua repressão — Convenções Internacionais subscritas pelo Brasil — previsão típica constante do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90, art. 233) — confirmação da constitucionalidade dessa norma de tipificação penal — delito imputado a policiais militares — infração penal que não se qualifica como crime militar — competência da Justiça comum do Estado-membro — pedido deferido em parte" (*Habeas Corpus* n. 70.389-5 — São Paulo; Tribunal Pleno — 23.06.94; Relator: Ministro Sydney Sanches; Relator para o Acórdão: Ministro Celso de Mello; Pacientes: Herbert Fernando de Carvalho e outro; Impetrante: Tânia Lis Tizzoni Nogueira; Coator: Superior Tribunal de Justiça). Destaque-se também a decisão: "Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em deferir, em parte o pedido de *habeas corpus*, para cassar a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, em prosseguir-se no julgamento quanto ao art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), na Justiça Comum estadual; e, em declarar a constitucionalidade do referido dispositivo (art. 233 da Lei n. 8.069/90). Vencidos os Ministros Relator, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Moreira Alves e o Presidente (Ministro Octavio Gallotti)".

89. A respeito, ver RHC 7463/DF, Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* (98/0022262-6), de 23.6.1998, tendo como relator o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

90. Para o Supremo Tribunal Federal "o direito ao julgamento, sem dilações indevidas, qualifica-se como prerrogativa fundamental que decorre da garantia constitucional do 'due process of law'. O réu — especialmente aquele que se acha sujeito a medidas cautelares de privação da sua liberdade — tem o direito público subjetivo de ser julgado, pelo Poder Judiciário, dentro de prazo razoável, sem demora excessiva nem dilações indevidas. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, n. 5 e 6)" (HC 99.289 MC, Relator(a): Min. Celso de Mello, j. 2.6.2009, *DJe*, 4.6.2009). Sobre a matéria, ver também STJ, RHC 5.239-BA, Rel. Min. Edson Vidigal, 5ª Turma, v.u., j. 7.5.1996, *DJU*, 29.9.1997. Note-se que esse direito acabou por ser formalmente constitucionalizado em virtude da inclusão do inciso LXXVIII no art. 5º, fruto da Emenda Constitucional n. 45/2004.

91. A respeito, ver Extradição n. 633, setembro/1998, Rel. Min. Celso de Mello, em que foi negada a extradição à República Popular da China de pessoa acusada de crime de estelionato, já punível com a pena de morte.

92. RE 597.285, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 14.5.2010, *DJe*, 18.5.2010.

tipificado no art. 233 da Lei n. 8.069/90. (...) O art. 233 da Lei n. 8.069/90 contém, em seu preceito primário, norma que descreve, inequivocamente, o crime de tortura. O núcleo do tipo e os demais elementos que lhe compõem a estrutura formal evidenciam que o legislador penal dispensou ao tema da tortura, ainda que em condições especialmente delimitadas pela idade da vítima, tratamento normativo próprio, em ordem a permitir o reconhecimento, em nosso sistema jurídico, dessa espécie delituosa. A circunstância de o Estatuto da Criança e do Adolescente não haver discriminado, objetivamente, os diversos meios de execução dessa modalidade criminosa não significa que deixou de tipificar adequadamente o delito de tortura, cuja existência jurídica — inclusive em função do princípio constitucional da tipicidade penal (CF, art. 5º, XXXIX) — decorre da previsão normativa de 'submeter criança ou adolescente (...) a tortura'. Impõe-se ressaltar, neste ponto, que o tipo penal em causa é passível de complementação, à semelhança do que ocorre com os tipos penais abertos, bastando, para esse efeito, que o aplicador da norma proceda à integração do preceito primário incriminador mediante a utilização dos meios postos à sua disposição. Cumpre destacar, pois, dentro dessa perspectiva, a existência de diversos atos internacionais que, subscritos pelo Estado brasileiro, já se acham formalmente incorporados ao nosso sistema jurídico. O Brasil, consciente da necessidade de prevenir e reprimir os atos caracterizadores da tortura subcreveu, no plano externo, importantes documentos internacionais, de que destaca, por sua inquestionável importância, a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1984; a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, concluída em Cartagena em 1985, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), adotada no âmbito da OEA em 1969. Esses atos internacionais já se acham incorporados ao plano do direito positivo interno (Decreto n. 40/91, Decreto n. 98.386/89 e Decreto n. 678/92) e constituem, sob esse 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, ainda que em aplicação limitada, no que se refere ao objeto de sua incriminação, apenas às crianças e aos adolescentes". E conclui o eminente Ministro Celso de Mello: "Tenho para mim, desse modo, que o policial militar que, a pretexto de exercer atividade de repressão criminal em nome do Estado, inflige, mediante desempenho funcional abusivo, danos físicos a menor momentaneamente sujeito ao seu poder de coerção, valendo-se desse meio

executivo para intimidá-lo e coagi-lo à confissão de determinado delito, pratica, inequivocamente, o crime de tortura, tal como tipificado pelo art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, expondo-se, em função desse comportamento arbitrário, a todas as consequências jurídicas que decorrem da Lei n. 8.072/90 (art. 2º), editada com fundamento no art. 5º, XLIII, da Constituição". Ao confirmar seu voto, enfatiza o Ministro: "O crime de tortura, desde que praticado contra criança e adolescente, constitui entidade delituosa autônoma cuja previsão típica encontra fundamento jurídico no art. 233 da Lei n. 8.069/90. Trata-se de preceito normativo que encerra tipo penal aberto suscetível de integração pelo magistrado (...). O Brasil, ao tipificar o crime de tortura contra crianças e adolescentes, revelou-se fiel aos compromissos que assumiu na ordem internacional, especialmente aqueles decorrentes da Convenção de Nova York sobre os Direitos da Criança (1990), da Convenção contra a Tortura adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1984, da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, concluída em Cartagena em 1985, e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), adotada no âmbito da OEA em 1969. É preciso enfatizar — e enfatizar com veemência, Sr. Presidente — que este Supremo Tribunal Federal tem um compromisso histórico com a preservação dos valores fundamentais que protegem a dig-

94. Frise-se que esse entendimento não foi unânime, sendo vencidos os Ministros Relator (Ministro Sydney Sanches), Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Moreira Alves e Octavio Gallotti. O Relator, eminente Ministro Sydney Sanches, ao proferir seu voto, deixou consignado: "Como se vê, pelos mesmos fatos, os pacientes estão sendo processados, perante a Justiça comum estadual, por crime previsto no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13.07.90), e perante a Justiça Militar Estadual, por crime previsto no art. 209 do Código Penal Militar. Na hipótese do art. 209 do Código Penal Militar, vítima pode ser qualquer pessoa. Na do art. 233 da Lei n. 8.069, de 13.07.90, vítima é apenas a criança ou adolescente. No caso, a vítima, ao que consta dos autos, é adolescente. Em princípio, pois, prepondera a norma especial do art. 233 da Lei n. 8.069/90. Sucede que esta não define a tortura. (...) Na verdade, há vários projetos de lei, em tramitação no Congresso Nacional, que procuram definir o crime de tortura. Mas nenhum deles foi transformado em lei até agora. É certo, por outro lado, que o Decreto n. 40 de 15.02.91, promulgou a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes. (...) Sucede que a Convenção obriga o Brasil a legislar sobre tortura, com observância do que nela se estabeleceu, o que está procurando fazer, com os projetos de lei, ainda em tramitação no Congresso. (...) Sendo assim, à falta de definição legal do crime de tortura, os pacientes não podem ser processados pela conduta prevista no art. 233 da Lei n. 8.069, de 13.07.90 (Estatuto da Criança e do Adolescente)".

nidade da pessoa humana. O Estado não pode prescindir na sua atuação institucional da necessária observância de um dado axiológico cuja essencialidade se revela inafastável e que se exterioriza na preponderância do valor ético fundamental do homem. Tal como pode salientar na anterior sessão de julgamento, Sr. Presidente, esta é uma verdade que não se pode desconhecer: a emergência das sociedades totalitárias está inteiramente vinculada à desconsideração da pessoa humana, enquanto valor fundante que é, da própria ordem política-jurídica do Estado. Com estas considerações Sr. Presidente, confirmo inteiramente o meu voto, para reconhecer a existência jurídica do crime de tortura contra crianças ou adolescentes no sistema penal brasileiro, declarando, em consequência, a plena validade jurídico-constitucional da norma inscrita no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente”.

Como essa decisão claramente demonstra, os instrumentos internacionais de direitos humanos podem integrar e complementar dispositivos normativos do Direito brasileiro, permitindo o reforço de direitos nacionalmente previstos — na hipótese, o direito de não ser submetido a tortura.

Em síntese, o Direito Internacional dos Direitos Humanos pode reforçar a imperatividade de direitos constitucionalmente garantidos — quando os instrumentos internacionais complementam dispositivos nacionais, ou quando estes reproduzem preceitos enunciados da ordem internacional — ou ainda estender o elenco dos direitos constitucionalmente garantidos — quando os instrumentos internacionais adicionam direitos não previstos pela ordem jurídica interna. Contudo, ainda se faz possível uma terceira hipótese no campo jurídico: eventual conflito entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito interno. Esta terceira hipótese é a que encerra maior problemática, suscitando a seguinte indagação: como solucionar eventual conflito entre a Constituição e determinado tratado internacional de proteção dos direitos humanos?

Poder-se-ia imaginar, como primeira alternativa, a adoção do critério “lei posterior revoga lei anterior com ela incompatível”, considerando a natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. Contudo, exame mais cauteloso da matéria aponta para um critério de solução diferenciado, absolutamente peculiar ao conflito em tela, que se situa no plano dos direitos fundamentais. É o critério a ser adotado se orienta pela escolha da norma mais favorável à vítima. Vale dizer, prevalece a norma mais benéfica ao indivíduo, titular do direito. O critério ou princípio da aplicação do dispositivo mais favorável à vítima não é apenas consagrado pelos próprios tratados internacionais de proteção dos direitos

humanos⁹⁵, mas também encontra apoio na prática ou jurisprudência dos órgãos de supervisão internacionais⁹⁶. Na lição lapidada de Antônio Augusto Cançado Trindade, “desvencilhamo-nos das amarras da velha e ociosa polémica entre monistas e dualistas; neste campo de proteção, não se trata de primazia do Direito Internacional ou do Direito interno, aqui em constante interação: a primazia é, no presente domínio, da norma que melhor protege, em cada caso, os direitos consagrados da pessoa humana, seja ela uma norma de Direito Internacional ou de Direito interno”⁹⁷. Isto é, no plano de proteção dos direitos humanos interagem o Direito Internacional e o Direito interno movidos pelas mesmas necessidades de proteção, prevalecendo as normas que melhor protejam o ser humano, tendo em vista que a primazia é da pessoa humana. Os direitos internacionais constantes dos tratados de direitos humanos apenas vêm a aprimorar e fortalecer, nunca a restringir ou debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo constitucional.

Logo, na hipótese de eventual conflito entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito interno, adota-se o critério da prevalência

95. Sobre o critério da escolha da disposição mais favorável à vítima, ver art. 5º (2) do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; art. 5º (2) do Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais; art. 23 da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres; art. 41 da Convenção sobre os Direitos da Criança; art. 29, b, da Convenção Americana de Direitos Humanos; arts. 13 e 14 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; art. 5º da Convenção de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados; e art. 60 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

96. Nesse sentido, ver a decisão da Comissão Europeia de Direitos Humanos sobre a admissibilidade da Petição n. 235/56 (1958-1959) e o Parecer da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso da Condição Obrigatória de Membro em uma Associação de Jornalistas (1985). Sobre o tema, ver Antônio Augusto Cançado Trindade, *A proteção internacional dos direitos*, p. 28-29.

97. Antônio Augusto Cançado Trindade, *A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras*, p. 317-318. No mesmo sentido, afirma Arnaldo Sussekund: “No campo do Direito do Trabalho e no da Seguridade Social, todavia, a solução dos conflitos entre normas internacionais é facilitada pela aplicação do princípio da norma mais favorável aos trabalhadores (...) mas também é certo que os tratados multilaterais, sejam universais (p. ex.: Pacto da ONU sobre direitos econômicos, sociais e culturais e Convenções da OIT), sejam regionais (p. ex.: Carta Social Europeia), adotam a mesma concepção quanto aos institutos jurídicos de proteção do trabalhador, sobretudo no âmbito dos direitos humanos, o que facilita a aplicação do princípio da norma mais favorável” (*Direito internacional do trabalho*, p. 57).

da norma mais favorável à vítima. Em outras palavras, a primazia é da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos da pessoa humana. A respeito, elucidativo é o art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que, ao estabelecer regras interpretativas, determina que “nenhuma disposição da Convenção pode ser interpretada no sentido de limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados”. Consagra-se, assim, o princípio da norma mais favorável, seja ela do Direito Internacional, seja do Direito interno. Ressalte-se que o Direito Internacional dos Direitos Humanos apenas vem aprimorar e fortalecer o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo interno. A escolha da norma mais benéfica ao indivíduo é tarefa que caberá fundamentalmente aos Tribunais nacionais e a outros órgãos aplicadores do Direito, no sentido de assegurar a melhor proteção possível ao ser humano⁹⁸.

Ao endossar a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, o Ministro Celso de Mello, no julgamento do HC 96.772, em 9 de junho de 2009, aplica a hermenêutica vocacionada aos direitos humanos inspirada na prevalência da norma mais favorável à vítima como critério a reger a interpretação do Poder Judiciário. No dizer do Ministro Celso de Mello: “Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente

os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana (...).

Um exemplo de conflito entre Direito internacionalmente garantido e dispositivo constitucional atém-se ao caso da liberdade sindical. Nos termos do art. 22 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, fica estabelecido o direito de toda pessoa de fundar, com outras, sindicatos e de filiar-se ao sindicato de sua escolha, sujeitando-se unicamente às restrições previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades alheias. Idêntico preceito encontra-se previsto no art. 8º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, bem como no art. 16 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Por sua vez, a Constituição brasileira de 1988 consagra o princípio da unicidade sindical, nos termos de seu art. 8º, II. Esse dispositivo prevê que “é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial”.

Ora, ainda que internacionalmente a ampla liberdade de fundação de sindicatos esteja sujeita a restrições “previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades alheias”, sustenta-se que no caso brasileiro não se verifica qualquer dessas hipóteses. Isto é, a unicidade sindical não parece constituir necessidade de uma sociedade democrática, e nem mesmo parece responder ao interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou ainda à proteção de direitos e de liberdades alheias. Trata-se, portanto, de restrição injustificada à ampla liberdade de associação, que pressupõe a liberdade de fundar sindicatos.

Acolhendo o princípio da prevalência da norma mais favorável ao indivíduo e considerando que os direitos previstos em tratados internacionais de que o Brasil é parte são incorporados pela Constituição, que lhes atribui natureza de norma constitucional e aplicação imediata, conclui-se que a ampla liberdade de criar sindicatos merece prevalecer sobre a restrição da unicidade sindical.

Acrescente-se ainda que o Brasil, ao ratificar os Pactos Internacionais e a Convenção Americana em 1992, não formulou qualquer reserva em relação à matéria. Logo, aceitou o princípio da ampla liberdade de criação de sindicatos.

Outro caso a merecer enfoque refere-se à previsão do art. 11 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos: “Ninguém poderá ser preso

98. Para A. A. Cançado Trindade: “Cabe aos tribunais internos, e outros órgãos dos Estados, assegurar a implementação a nível nacional das normas internacionais de proteção, o que realça a importância de seu papel em um sistema integrado como o da proteção dos direitos humanos, no qual as obrigações convencionais abrigam um interesse comum superior de todos os Estados Partes, o da proteção do ser humano” (A interação entre o direito internacional e o direito interno, p. 36).

apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual". Enunciado semelhante é previsto pelo art. 7º (7) da Convenção Americana, que estabelece que ninguém deve ser detido por dívida, acrescentando que tal princípio não limita os mandados judiciais expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Novamente, há que lembrar que o Brasil ratificou ambos os instrumentos internacionais em 1992, sem efetuar qualquer reserva sobre a matéria. Ora, a Carta Constitucional de 1988, no art. 5º, LXVII, determina que "não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel". Logo, a Constituição brasileira consagra o princípio da proibição da prisão civil por dívida, admitindo, todavia, duas exceções: a hipótese do inadimplemento de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Observe-se que, enquanto o Pacto dos Direitos Civis e Políticos não prevê exceção ao princípio da proibição da prisão civil por dívida, a Convenção Americana excepciona o caso de inadimplemento de obrigação alimentar. Ora, se o Brasil ratificou esses instrumentos sem qualquer reserva no que tange à matéria, é de questionar a possibilidade jurídica da prisão civil do depositário infiel.

Mais uma vez, atendo-se ao critério da prevalência da norma mais favorável à vítima no plano da proteção dos direitos humanos, conclui-se que merece ser afastado o cabimento da possibilidade de prisão do depositário infiel⁹⁹, conferindo-se prevalência à norma do tratado. Observe-se que, se a situação fosse inversa — se a norma constitucional fosse mais benéfica que a normatividade internacional —, aplicar-se-ia a norma constitucional, muito embora os aludidos tratados tivessem hierarquia constitucional

e houvessem sido ratificados após o advento da Constituição. Vale dizer, as próprias regras interpretativas dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos apontam nessa direção quando afirmam que os tratados internacionais só se aplicam se ampliarem e estenderem o alcance da proteção nacional dos direitos humanos.

Nesse sentido, merece destaque o louvável voto do Juiz Antonio Carlos Malheiros, do então Primeiro Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, na Apelação n. 613.053-8, no qual, ao afastar o cabimento da prisão civil por dívida, fundamenta-se no Código de Defesa do Consumidor (art. 42), na Constituição Federal (art. 5º, LXVII) e nos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, especialmente na Convenção Americana e no Pacto dos Direitos Civis e Políticos. Citando voto do Ministro Xavier de Albuquerque (RE 80.004), a doutrina de Haroldo Valladão e as lições de Hans Kelsen, o Juiz Antonio Carlos Malheiros argumenta: "Diante de tais ensinamentos, pode-se concluir, com razoável tranquilidade, que os princípios emanados dos tratados internacionais, a que o Brasil tenha ratificado, equívalem-se às próprias normas constitucionais. Isto exposto, lembra-se que a Convenção Americana sobre Derechos Humanos, melhor conhecida como Pacto de San José, ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992 em seu art. 7º, parágrafo 7º, reza: 'Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios'. Assim, também e, *data venia* notadamente, com base nisto, impossível a prisão por dívida em casos como o em tela. (...) Como se isto não bastasse, temos também, em nossa legislação (e como já visto, de equiparação às normas constitucionais) também o 'Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos' que, ratificado pelo Brasil, em seu art. 1, estabelece: 'Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual'". Ao final, conclui o Juiz Antonio Carlos Malheiros: "Assim, difícil contrariar-se a tese da impossibilidade de prisão civil por dívida (ou, até mesmo pelo não cumprimento de obrigação contratual), exceção feita aos inadimplementos de débitos alimentários, podendo-se até, diante de todo o exposto, discutir-se sobre ter continuado eficaz a previsão constitucional (art. 5º, LXVII), que fala de outros casos de prisão civil de depositário infiel, após o advento dos referidos dispositivos (também constitucionais), trazidos pelos citados tratados internacionais"¹⁰⁰.

100. Ver ainda, no mesmo sentido, declaração de voto vencedor proferido pelo Juiz Antonio Carlos Malheiros na Apelação n. 521.054-8.

99. Nesse sentido, ver Apelação n. 601.880-4, São Paulo, 1ª Câmara, 16.9.1996, Relator Juiz Elliot Akel, v.u., e *Habeas Corpus* n. 3.545-3 (95.028458-8) - Distrito Federal, 10.10.1995, Rel. Min. Adhemar Maciel. Note-se não ser esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal, ainda que vencidos à época os Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence. A respeito, ver HC 72.131-RJ, 22.11.1995; RE 206.482-SP; HC 76.561-SP, Plenário, 27.5.1998, e RE 243613, 27.4.1999; Acrescente-se que para o então Ministro Carlos Velloso "a prisão do devedor-fiduciante é uma violência à Constituição e ao Pacto de São José da Costa Rica, que está incorporado ao direito interno" (RE 243.613, Rel. Min. Carlos Velloso, 19.2.1999). Verifica-se uma tendência de mudança na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343-I, em que, ineditamente, oito dos onze Ministros já haviam se manifestado pela inconstitucionalidade da prisão para o devedor em alienação fiduciária, em novembro de 2006.

Sobre a matéria e compartilhando do mesmo entendimento, também há que destacar o voto vencedor do Juiz Ademir de Carvalho, do então Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, na Apelação n. 515.807-2, em que o eminente Juiz afirma: "A regra legal que estabelece a prisão para a hipótese de descumprimento dessa obrigação contratual está revogada, em função de ter o Brasil aderido ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, e que passou a vigorar como lei em nosso país a partir do Decreto Presidencial n. 592, de 6 de julho de 1992, editado com amparo no art. 84, inciso VIII, da atual Constituição Federal, e que, por dispositivo nela própria contido, erige-se como garantia constitucional (CF, art. 5º, par. 2º). E o art. 11, do mencionado Pacto diz textualmente: 'Nadie será encarcerado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual'. Anote-se que o Congresso Nacional, em 12 de dezembro de 1991, aprovou inteiramente o texto do Pacto Internacional, por meio do Decreto Legislativo n. 226, tendo o Brasil depositado a Carta de Adesão àquele em 24 de janeiro de 1992, determinando, depois, o art. 1º do Decreto Presidencial n. 592/92 sua execução, e cumprimento de todos os seus dispositivos, inclusive o que acima está transcrito. Diante desses textos legais, de alcance constitucional inclusive, fica definitivamente afastada a possibilidade de prisão em decorrência da não entrega do bem, em ação de depósito, remanescendo a obrigação civil de sua entrega física, ou do seu equivalente em dinheiro, com possibilidade de execução pelo valor devido (quantia certa)".

Em síntese, estas considerações têm o fito de revelar quão intenso é o impacto jurídico do Direito Internacional dos Direitos Humanos no ordenamento interno. 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 direitos humanos estarão a reforçar o valor jurídico de direitos constitucionalmente assegurados. Na segunda, esses tratados estarão a ampliar e estender o efetivo 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. Vale dizer, os tratados internacionais de direitos humanos inovam significativamente o universo dos direitos nacionalmente consagrados — ora reforçando sua imperativi-

dade jurídica, ora adicionando novos direitos, ora suspendendo preceitos que sejam menos favoráveis à proteção dos direitos humanos. Em todas as três hipóteses, os direitos internacionais constantes dos tratados de direitos humanos apenas vêm aprimorar e fortalecer, nunca restringir ou debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo interno.

Transita-se agora à segunda parte deste estudo, que tem por objetivo apresentar, com maior profundidade e detalhamento, o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, também chamado "Direito Internacional dos Direitos Humanos", que, por sua vez, constitui a fonte dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. Este trabalho oferecerá os subsídios necessários ao desenvolvimento deste livro, em especial dos capítulos dedicados ao exame da posição do Estado brasileiro ante os tratados internacionais de direitos humanos e à análise da advocacia desses instrumentos internacionais no âmbito brasileiro.