

SEM REVISÃO

Direitos Humanos provenientes de tratados: exegese dos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição de 1988

Valério de Oliveira Mazzuoli^(*)

Advogado – SP _____

1. Introdução

A proposta deste trabalho é estudar a maneira através da qual os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ingressam no ordenamento brasileiro. Vale dizer, importa examinar a dinâmica da relação entre o processo de internacionalização dos direitos humanos e seu impacto e repercussão no direito pátrio.

Para se enfrentar corretamente o presente tema, necessário se faz a discussão de: a) como os tratados internacionais que versam sobre os direitos humanos fundamentais incorporam-se ao direito interno; b) qual o status que suas normas detém no ordenamento brasileiro; c) como se dá a aplicação desses tratados no Brasil.

2. Integração, eficácia e aplicabilidade do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Direito Interno brasileiro

Passamos a estudar, então, a maneira através da qual a Constituição de 1988 disciplina o ingresso dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, mister seja compreendido o que são, em realidade, os direitos humanos.

A definição do que seja “direitos humanos”, como explica Flávia Piovesan, aponta para uma pluralidade de significados, da qual, considerando sua historicidade, opta-se pela concepção contemporânea, introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Huma-

(*) Autor classificado em primeiro lugar no “Primeiro Concurso Nacional de Monografias” sobre os 50 Anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, coordenado pela “Fundação Movimento Direito e Cidadania” e realizado pela PUC-Minas, UFMG e OAB-MG. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Instituição Toledo de Ensino de Presidente Prudente-SP. É autor dos livros: “Alienação Fiduciária em Garantia e a Prisão do Devedor-fiduciante: uma visão crítica à luz dos direitos humanos”, Campinas: Agá Juris Editora, 1999; e Direitos humanos & relações internacionais, Campinas: Agá Juris Editora, 2000. Tem inúmeros trabalhos publicados em revistas especializadas.

Obs.: Notas explicativas no final do artigo.

nos de Viena de 1993, fundada na universalidade e indivisibilidade desses direitos. Diz-se universal “porque a condição de pessoa há de ser o requisito único para a titularidade de direitos, afastada qualquer outra condição”; e indivisível “porque os direitos civis e políticos não de ser somados aos direitos sociais, econômicos e culturais, já que não há verdadeira liberdade sem igualdade e nem tampouco há verdadeira igualdade sem liberdade”.⁽¹⁾

A Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993, claríssima a esse respeito, dispõe no seu parágrafo 5º que:

“Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais”.

A existência de uma base normativa internacional, iniciada com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948,⁽²⁾ e acompanhada pelos demais instrumentos que lhe seguiram (v.g., o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ambos assinados no âmbito Organização Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966; assim como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada em San José, na Costa Rica, aos 22 de novembro de 1969), passa, assim, a evidenciar o traço distintivo dos “direitos humanos contemporâneos”.⁽³⁾

Nascidos dos horrores da Segunda Guerra Mundial, tendo como fonte o surgimento do chamado “Direito Internacional dos Direitos Humanos” (*International Human Rights Law*), estes acordos internacionais protetivos dos direitos da pessoa humana, têm criado obrigações e responsabilidades para os Estados no que diz respeito às pessoas sujeitas à sua jurisdição. O emergente Direito Internacional dos Direitos Humanos, como explica Louis Henkin, “institui obrigações aos Estados para com todas as pessoas humanas, e não apenas para com estrangeiros. Este Direito reflete a aceitação geral de que todo indivíduo deve ter direitos, os quais todos os Estados devem respeitar e proteger. Logo, a observância dos direitos humanos é não apenas um assunto de interesse particular do Estado (e relacionado à jurisdição doméstica), mas é matéria de interesse internacional e objeto próprio de regulação do Direito Internacional”.⁽⁴⁾

A partir do surgimento da Organização das Nações Unidas, em 1945, e da aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, o Direito Internacional dos Direitos Humanos começa a aflorar e solidificar-se de forma definitiva, gerando, por via de consequência, a adoção de inúmeros tratados internacionais destinados a proteger os direitos fundamentais dos indivíduos.⁽⁵⁾ Antes disso a proteção ao homem estava mais ou menos restrita apenas a algumas legislações internas dos países, como a inglesa de 1684, a americana de 1778 e a francesa de 1789. Surge, então, no âmbito da Organização das Nações Unidas, um sistema global de proteção dos direitos humanos, tanto de caráter geral (a exemplo do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos), como de caráter específico (v.g., as Convenções internacionais de combate à tortura, à discriminação racial, à discriminação contra as mulheres, à violação dos direitos das crianças etc.).

Mas a estrutura normativa de proteção internacional dos direitos humanos, além dos instrumentos de proteção global, de que são exemplos, dentre outros, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e cujo código básico é a chamada *international bill of human rights*, abrange também os instrumentos de proteção regional, aqueles pertencentes aos sistemas europeu, americano, asiático e africano (v.g., no sistema americano, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, assim, como novo ramo do Direito Internacional Público, emerge com princípios próprios. Além de apresentar hierarquia constitucional, suas normas passam a ter a característica da expansividade decorrente da abertura tipológica de seus enunciados. Além do mais, o Direito Internacional dos Direitos Humanos rompe com a distinção rígida existente entre Direito Público e Direito Privado, libertando-se dos clássicos paradigmas até então existentes.

Enquanto as relações regidas pelo Direito Internacional Público “são marcadas pela reciprocidade e equilíbrio entre os Estados, disciplinando relações em que são eles, exclusivamente, sujeitos ativos e passivos de direito”, as relações regidas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos têm por objetivo “estipular os direitos fundamentais do ser humano e garantir seu exercício, geralmente tendo o Estado como obrigado”.⁽⁶⁾ É dizer, a salvaguarda é dos direitos fundamentais dos seres humanos e não das relações entre os Estados.

Sem embargo, ainda não se tem chegado a um grau mínimo de respeitabilidade dessas normas. Assim é que, no atual estágio de evolução da sociedade, com a constante cada vez mais crescente de desrespeito aos direitos humanos, é preciso que se busque, seja no direito nacional, seja no internacio-

nal, saídas eficazes para solução do problema diário da violação dos direitos internacionalmente garantidos pelos tratados internacionais. É certo que já se percebe, mesmo que de forma lenta, nesses últimos tempos, o surgimento gradual de uma nova mentalidade, mais aberta e otimista, em relação à proteção dos direitos humanos, principalmente dessa nova geração de juristas. Atualmente, não mais se cogita, para esse novo grupo, em monismo e dualismo, o que já estaria (e efetivamente está!) por demais superado.⁽⁷⁾ Pretende-se dar às normas de direitos humanos provenientes de tratados internacionais, e isto é certo, o seu devido valor, ainda pouco reconhecido. Não mais se admite a igualização dos tratados internacionais protetivos dos direitos da pessoa humana com a legislação interna infraconstitucional do País. Ao contrário: deseja-se ver aqueles compromissos internacionais igualados em grau hierárquico às normas constantes da Lei Fundamental do Estado.

Nesse diapasão, dispõe o art. 29 (“Normas de interpretação”) do Pacto de San José da Costa Rica, que:

“Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:

a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;

b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes...”

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados tem dispositivo exposto a respeito no seu art. 27, que assim dispõe:

“Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

A Declaração de Princípios Americanos, assinada em Lima aos 24 de dezembro de 1938, da mesma forma, proclama, no item 4, que “as relações entre os Estados devem obedecer às normas do Direito internacional”. A Declaração do México, firmada aos 6 de março de 1945 dispõe no item primeiro que “o Direito internacional é a norma de conduta para todos os Estados”. A Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), de 30 de dezembro de 1948 estabelece, no seu art. 5º, letra *a*, que “o Direito internacional é a norma de conduta dos Estados em suas relações recíprocas”; no art. 7º, ademais, prescreve que “todo Estado americano tem o dever de respeitar os direitos dos demais Estados, de acordo com o Direito internacional”, ao passo que nos arts. 9 e 10, repete os dizeres dos arts. 3 e 6 da Convenção sobre Direitos e Deveres dos Estados, assinada em Montevideu aos 26 de dezembro de 1933, que traz

disposição no sentido de que “o exercício desses direitos não tem outros limites além do exercício dos direitos de outros Estados, de acordo com o Direito internacional” (artigo 3º), o que significa reconhecer o primado do direito internacional como limitador do exercício das competências do Estado.⁽⁸⁾

Com isto, assentou-se a posição de que a primazia dos tratados internacionais sobre o direito interno, constitui-se em um princípio de Direito Internacional.

2.1 Hierarquia constitucional das normas emanadas de tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos: o § 2º do art. 5º da Carta de 1988

Em vista dessas disposições convencionais, essa nova doutrina, mais aberta à essa nova realidade atual, apoia a supremacia do produto normativo constante daqueles tratados internacionais de direitos humanos, no parágrafo 2º do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, que assim dispõe:

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

Como se vê, três são as vertentes, na Constituição de 1988, dos direitos e garantias individuais:

a) Direitos e garantias expressos na Constituição (v.g., os elencados nos incisos I a LXXVII do art. 5º). Frise-se, porém, que não é só no seu art. 5º que se encontram tais direitos. A Carta Magna de 1988 bem claramente se refere aos direitos e garantias expressos “nesta Constituição”, ou seja, em toda a Carta Constitucional, de forma que podem ser encontrados no decorrer do texto constitucional outros direitos e garantias que não expressamente inscritos no seu art. 5º. Nesse diapasão, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, trata-se de cláusula pétreia, por exemplo, aquela garantia constitucional assegurada ao cidadão no art. 150, III, *b*, da Carta de 1988, que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que tenha sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou (princípio da anterioridade em matéria tributária), pelo que a Emenda Constitucional nº 3/93, ao pretender subtraí-la da esfera protetiva, estaria violando o limite material previsto no art. 60, § 4º, IV da Carta da República. É dizer, a EC nº 3, de 17 de março de 1993, que instituiu o IPMF, incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no § 2º, do art. 2º que, quanto a tal tributo, não se aplica o art. 150, III, *b*, e VI, da Constituição, por se tratar de garantia constitucional do cidadão (cf. ADIn nº 939-7/DF, Rel. Min. Sidney Sanches – medida cautelar, RTJ 150/68). Em suma, como decidiu o

STF, “admitir que a União, no exercício de sua competência residual, ainda que por emenda constitucional, pudesse excepcionar a aplicação desta garantia individual do contribuinte, implica em conceder ao ente tributante poder que o constituinte expressamente lhe subtraiu ao vedar a deliberação de proposta de emenda à Constituição tendente a abolir os direitos e garantias individuais constitucionalmente assegurados” (Trecho do voto do Min. Celso de Mello, Serviço de Jurisprudência do STF, Ementário, nº 1.730-10/STF);

b) Direitos implícitos, subentendidos nas regras de garantias, bem como os decorrentes do regime e dos princípios pela Constituição adotados, e;

c) Direitos e garantias inscritos nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Alguns juristas, entretanto, como Manoel Gonçalves Ferreira Filho (“Comentários à Constituição brasileira de 1988”, vol. 1, São Paulo: Saraiva, 1990, pág. 88) e José Afonso da Silva (“Curso de direito constitucional positivo”, cit., pág. 191), pecam, nas palavras de Flávia Piovesan, ao equiparar os direitos decorrentes dos tratados internacionais aos direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição. O Prof. José Afonso da Silva faz uma distinção em três grupos, dos direitos individuais: (1) direitos individuais expressos na Constituição, aqueles explicitamente enunciados nos incisos do art. 5º; (2) direitos individuais implícitos, aqueles que estão subentendidos nas regras de garantias, como o direito à identidade pessoal, certos desdobramentos do direito à vida etc (artigo 5º, II); e (3) direitos individuais decorrentes do regime e de tratados internacionais subscritos pelo Brasil, “aqueles que não são nem explícita nem implicitamente enumerados, mas provêm ou podem vir a provir do regime adotado, como o direito de resistência, entre outros de difícil caracterização *a priori*”.⁽⁹⁾ Na mesma esteira está a lição do Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, para quem a Constituição, “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”, terminando por dizer que “quais sejam estes direitos implícitos é difícil apontar”.⁽¹⁰⁾ A Profa. Flávia Piovesan, propondo a classificação que acabamos de fazer, bem leciona no sentido de que, se os direitos decorrentes do regime e dos princípios pela Constituição adotados “não são nem explícita nem implicitamente enumerados, mas provêm ou podem vir a provir 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, posto serem eles expressos e claramente elencados, não podendo ser considerados de “difícil caracterização” ou “difícil de apontar”.⁽¹¹⁾ E acrescenta: “Logo, se os

direitos implícitos apontam para um universo de direitos impreciso, vago, elástico e subjetivo, os direitos expressos na Constituição e nos tratados internacionais de que o Brasil seja parte compõem um universo claro e preciso de direitos. 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”.⁽¹²⁾

Segundo o que expôs o Ministro José Carlos Moreira Alves, do Supremo Tribunal Federal, em conferência inaugural ao Simpósio “Imunidades Tributárias”, coordenado pelo jurista Ives Gandra da Silva Martins, o § 2º do art. 5º da Carta da República, “só se aplica aos Tratados anteriores à Constituição Federal de 1988 e ingressam como lei ordinária”.⁽¹³⁾ Salientou ainda naquele evento que, quanto aos tratados posteriores, não seria de se aplicar o referido parágrafo, pois, “senão por meio de Tratados teríamos Emendas constitucionais a alterar a Constituição”, sendo que, tratado posterior “não pode modificar a Constituição nem se torna petrificado por antecipação”.⁽¹⁴⁾

Tratando-se do afirmado pelo ilustre Ministro, sem embargo de sua posição, pensamos que tal interpretação se ressentir de equívoco, um tanto quanto justificado, tendo em vista os inúmeros precedentes do Supremo Tribunal Federal a esse respeito. Entretanto, mesmo em vista dos vários precedentes do Pretório Excelso a respeito do assunto, é de se estranhar a afirmação de que o § 2º do citado art. 5º, “só se aplica aos Tratados anteriores à Constituição Federal de 1988”.

Ora, como admitir-se que uma norma constitucional teria sido criada para regular situações exclusivamente pretéritas? Não seria lógico, e muito menos jurídico uma tal colocação. Aliás, entendendo-se dessa forma, estar-se-ia subtraindo a competência do próprio Supremo Tribunal Federal para declarar a inconstitucionalidade de tratados, tendo em vista referir-se o art. 102, III, *a*, da Carta de 1988, somente aos tratados ratificados posteriormente à entrada em vigência da Constituição, pois, como já se viu, não se declara a inconstitucionalidade de preceito anterior à Lei Fundamental.⁽¹⁵⁾ Esse é um ponto.

De outra parte, a assertiva de que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos “ingressam como lei ordinária” no nosso ordenamento interno, não prospera. Se a própria Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados podem ser complementados por outros provenientes de tratados, não se poderia pretender que esses *outros* direitos e garantias tivessem um grau hierárquico diferente do das normas constitucionais em vigor. Ademais, a afirmativa de que “senão por meio de Tratados teríamos Emendas

constitucionais a alterar a Constituição”, em virtude de que tratado posterior “não pode modificar a Constituição nem se torna petrificado por antecipação”, como veremos, é, data máxima vênia, absolutamente descabida. Primeiro, porque os tratados de proteção dos direitos humanos de que o Brasil é parte, tornam-se *sim* petrificados por antecipação, pelo fato de terem aplicação imediata, segundo o mandamento do § 1º do art. 5º da Carta de 1988, desde a data de suas respectivas ratificações. Segundo, porque, como veremos, sem embargo de não poderem tais tratados “emendar” o texto constitucional, podem eles, entretanto, em caso de conflito com uma norma constitucional menos benéfica, fazer com que se inaplique o dispositivo constitucional prejudicial, aplicando-se o texto do tratado que traz disposição sobre a mesma matéria, de forma mais favorável ao cidadão.

O que ocorre, é que o § 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, referido pelo Ministro Moreira Alves, como se pode perceber sem muito esforço, tem um caráter eminentemente aberto (norma de *fattispecie* aberta), pois dá margem à entrada ao rol dos direitos e garantias consagrados na Constituição, de outros direitos e garantias provenientes dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte, o que passa a revelar o caráter não fechado e não taxativo do elenco constitucional dos direitos fundamentais (princípio da não identificação ou da cláusula aberta).⁽¹⁶⁾ De forma que, a cláusula do § 2º do art. 5º da Carta da República, está a admitir (e isto é bem visível!) que tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ingressem no ordenamento jurídico brasileiro no mesmo grau hierárquico das normas constitucionais, e não no âmbito da legislação ordinária, como quer a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal.

Confusa, a esse respeito, é a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho que, em comentário ao § 2º do art. 5º da Constituição de 1988, após reconhecer que os direitos e garantias inscritos nos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil é parte “acrescentam-se aos direitos fundamentais enunciados na Constituição”, não podendo ser abolidos “por força da cláusula ‘pétreia’ constante do art. 60, § 4º, IV”, leciona no sentido de que, em caso de conflito do tratado com o texto constitucional deve prevalecer o comando estabelecido pela Carta Magna “na medida em que, no direito pátrio, a norma proveniente de tratado tem hierarquia de lei ordinária e não de regra constitucional (...)”.⁽¹⁷⁾

Parece evidente a contradição. Ou se admite que os tratados de direitos humanos têm índole e nível constitucional, ou se admite que os mesmos ingressam no ordenamento pátrio ao nível da legislação ordinária. Impossível uma tal conciliação.

Nessa esteira é que o Juiz Antonio Carlos Malheiros, no julgamento do *habeas corpus* nº 637.569-3, da 8ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, deixou assentado o seu entendimento de que “os princípios emanados dos tratados internacionais, a que o Brasil tenha ratificado, equívalem-se às próprias normas constitucionais”. Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, por isso, têm o que chamamos de efeito aditivo, pois podem vir a adicionar novos direitos ao texto constitucional, através da cláusula aberta do § 2º do citado art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Ora, se a Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (artigo 5º, § 2º), é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil “se incluem” no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem. É dizer, se os direitos e garantias expressos no texto constitucional “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar certos direitos e garantias, a Constituição “os inclui” no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando, assim, o seu “bloco de constitucionalidade”.⁽¹⁸⁾ Segundo o magistério de André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, à expressão “não excluem” constante do § 2º do art. 5º da Carta Magna brasileira “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. (...) Quanto aos demais tratados de Direito Internacional Convencional particular, aí 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”.⁽¹⁹⁾ E assim o fazendo, o *status* do produto normativo convencional não pode ser outro que não o de verdadeira norma materialmente constitucional.

Nessa esteira, há quem sustente com brilhantismo, como Flávia Piovesan, que, quando a Carta da 1988 em seu art. 5º, § 2º, dispõe que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais”, a *contrariu sensu*, está ela “a incluir, no catálogo dos direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte”. E conclui a ilustre Procuradora do Estado de São Paulo: “Este processo de inclusão implica na

incorporação pelo texto constitucional destes direitos”.⁽²⁰⁾ Assim, ao incorporar em seu texto esses direitos internacionais, está a Constituição atribuindo-lhes uma natureza especial e diferenciada, qual seja, “a natureza de norma constitucional”, os quais passam a integrar, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente protegidos, interpretação esta consoante com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.⁽²¹⁾ De forma que não há falar-se que os direitos e garantias inscritos nos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte têm caráter de norma infraconstitucional.⁽²²⁾ A própria função do Estado de proteger e promover a dignidade da pessoa humana já indica esta tal impossibilidade.⁽²³⁾

Dessa forma, tanto os direitos como as garantias constantes dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte, passam, com a ratificação desses instrumentos, a integrar o rol dos direitos e garantias constitucionalmente protegidos.⁽²⁴⁾ É também a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, para os quais, todas as garantias processuais penais da Convenção Americana sobre Direitos Humanos “integram, hoje, o sistema constitucional brasileiro, tendo o mesmo nível hierárquico das normas inscritas na Lei Maior”.⁽²⁵⁾ A Profa. Ada Pellegrini, a esse propósito, bem leciona: “... a partir de 6.11.1992, com a promulgação do Decreto nº 678, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil, passou a integrar o ordenamento pátrio. E as normas de garantia da Convenção guardam, no plano interno, o mesmo nível hierárquico das regras do art. 5º da Constituição, porquanto, nos termos de seu § 2º, ‘os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais de que a República do Brasil seja parte’”.⁽²⁶⁾

Para o Prof. Celso de Albuquerque Mello, aliás, o § 2º do art. 5º da Constituição Federal não apenas empresta “hierarquia constitucional” aos tratados de proteção dos direitos humanos, mas mais que isso, chegando ao ponto de afirmar-se “ainda mais radical no sentido de que a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional, mesmo naquele caso em que uma Constituição posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada”, postura esta “que tem a grande vantagem de evitar que o Supremo Tribunal Federal venha a julgar a constitucionalidade dos tratados internacionais”.⁽²⁷⁾ Nesta esteira é que, seguindo o ilustre professor, Carlos Weis se mostra categórico ao afirmar que “o artigo que confere ao Supremo Tribunal Federal poder de decidir sobre a constitucionalidade de tratado internacional (artigo 102, III, *b*) não pode ser aplicado aos que tenham por objeto direitos humanos, os quais (...) possuem “privilegio hierárquico” em relação aos

demais, conferido pela Constituição Federal de 1988, em atenção à sua natureza e finalidade”.⁽²⁸⁾

Em suma, um Estado que pretende ter seu ordenamento em grau superior ao do direito internacional dos direitos humanos, certamente está desvinculado do movimento internacional de proteção de direitos, regional e universalmente reconhecidos, não tendo, por isso, direito de afirmar seu propósito na proteção dos direitos humanos.⁽²⁹⁾

Há que se enfatizar, porém, que os demais tratados internacionais que não versem sobre direitos humanos, não têm natureza de norma constitucional; terão sim, natureza de norma infraconstitucional (mas supra-legal), extraída do art. 102, III, *b*, da Carta Magna, 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: b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”. O termo “inconstitucionalidade dos tratados”, frise-se, surgiu pela primeira vez com a Carta de 1967, emendada em 1969, que atribuía ao Supremo Tribunal Federal a competência para “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” (artigo 119, III, *b*). A conclusão que se extrai do dispositivo é a de que os tratados internacionais (tradicionais ou comuns, tão somente) apresentam a mesma hierarquia jurídica das leis federais, sendo, portanto, aplicável no caso de conflito, a regra *lex posterior derogat priori*.⁽³⁰⁾ Foi inclusive com base nesse dispositivo que o STF, desde 1977, passou a adotar a já comentada teoria da paridade, equiparando o tratado às leis federais.

Veja-se, a propósito, algumas decisões do STF, que nos traz Luís Roberto Barroso,⁽³¹⁾ *in verbis*:

“A Constituição qualifica-se como o estatuto fundamental da República. Nessa condição, todas as leis e tratados celebrados pelo Brasil estão subordinados à autoridade normativa desse instrumento básico. Nenhum valor jurídico terá o tratado internacional que, incorporado ao sistema de direito positivo interno, transgredir, formal ou materialmente, o texto da Carta Política” (STF, DJU 2.8.1996, pág. 25.794, ADIn 1.480-3, desp. do presidente em exercício, Min. Celso de Mello).

“Inadmissível a prevalência de tratados e convenções internacionais contra o texto expresso da Lei Magna (...). Hierarquicamente, tratado e lei situam-se abaixo da Constituição Federal. Consagrar que um tratado deve ser respeitado, mesmo que colida com o texto constitucional, é imprimir-lhe situa-

ção superior à própria Carta Política” (STF, RTJ 121/270, RE 109.173-SP, Rel. Min. Carlos Madeira).

Deve-se insistir, porém, que esta teoria não vigora quando a norma a aplicar-se é proveniente de tratado internacional de “direitos humanos”. Note-se que o § 2º do art. 5º da CF, fala em direitos e garantias expressos na Constituição, donde se conclui que somente os tratados internacionais que tratem de direitos e garantias individuais é que estão amparados por esta cláusula, chamada por isso mesmo de cláusula aberta, cuja finalidade é exatamente a de incorporá-los ao rol dos direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

Dessa forma, mais do que vigorar como lei interna, os direitos e garantias fundamentais proclamados nas convenções ratificadas pelo Brasil, por força do mencionado art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, passam a ter, por vontade da própria Carta Magna, o *status* de “norma constitucional”. A isto se acrescenta o argumento, sustentado por boa parte da doutrina publicista, “de que os tratados de direitos humanos apresentam superioridade hierárquica relativamente aos demais atos internacionais de caráter mais técnico, formando um universo de princípios que apresentam especial força obrigatória, denominado *jus cogens*”.⁽³²⁾ Tais regras de *jus cogens*, a exemplo dos direitos humanos fundamentais, aliás, tem o caráter de serem normas imperativas de direito internacional geral, sendo consideradas aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional dos Estados, em seu conjunto, como normas que não admitem acordo em contrário (é Direito imperativo para os Estados) e que somente podem ser modificadas por uma norma ulterior de direito internacional geral que tenha, ademais, o mesmo caráter.⁽³³⁾ Assim, somente surgindo nova norma de direito internacional geral é que os tratados existentes que estejam em oposição com esta norma se tornarão nulos e terminarão.⁽³⁴⁾

E ao interpretar o § 2º do art. 5º da Carta de 1988, sugere Pedro Dallari:⁽³⁵⁾ “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”.

Nessa esteira, Cezar Augusto Rodrigues Costa, em artigo publicado na “Revista Cidadania e Justiça”, após transcrever aquele já citado aresto do STF (HC 72.131-RJ), cujo conteúdo é contrário ao nosso posicionamento, faz o seguinte comentário: “Sem embargo da autoridade que emana do aresto mencionado, principalmente pela qualidade intelectual de seus elaboradores, fato

é que nesse caso não parece aflorar qualquer conflito negativo, dado a clareza do § 2º do art. 5º da Carta Política, que constitucionaliza os tratados internacionais, não para conferir-lhes a natureza infraconstitucional, mas para equipará-los às normas fundamentais do sistema constitucional vigente”.⁽³⁶⁾

Trata-se de opinião da qual concordamos inteiramente, e que, no nosso entender, deve sempre prevalecer.⁽³⁷⁾

Em suma, “entre nós, por vontade constitucional, os direitos e garantias fundamentais previstos nas convenções ratificadas pelo Brasil têm *status* de norma constitucional”, sem embargo de que as autoridades do Executivo e do próprio Judiciário, “por falta de afinidade com a aplicação das normas de Direito Internacional, têm se equivocado com freqüência, em detrimento dos princípios que devem reger as boas relações internacionais”.⁽³⁸⁾ Não fosse assim, perderia todo o sentido a previsão do § 2º do art. 5º da nossa Carta Magna.

Frise-se, ademais, que os direitos e garantias individuais têm sido mesmo considerados na dogmática jurídica constitucional, junto às funções e limites do poder estatal, como núcleo material mínimo das Constituições contemporâneas, apontado por alguns como resultado de invariantes axiológicas construídas no decorrer da evolução histórica da humanidade.⁽³⁹⁾

Como observa Canotilho, “o critério em análise coloca-nos perante um dos temas mais polêmicos do direito constitucional: qual é o conteúdo ou matéria da Constituição? O conteúdo da Constituição varia de época para época e de país para país e, por isso, é tendencialmente correcto 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 de 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 sub-constitucional (direitos econômicos, sociais e culturais, direitos de participação e dos trabalhadores e constituição econômica)”.⁽⁴⁰⁾

Aliás, à medida em que os Estados assumem compromissos mútuos em convenções internacionais, que diminuem a competência discricionária de cada contratante, eles restringem sua soberania e isto constitui uma tendência do constitucionalismo contemporâneo, que aponta a prevalência da perspectiva monista internacionalista para a regência da relação entre direito interno e direito internacional.⁽⁴¹⁾ Nesse sentido já assinalara Pasquale Fiore que só se

pode reconhecer aos Estados uma independência limitada pelas exigências da sociedade internacional, o que A. Pillet caracterizou como sendo uma situação de interdependência das nações, nestes termos: “*L’indépendance de l’État n’existe pas, telle est la conséquence fatale de l’existence du commerce international... Une même loi gouverne donc la vie des individus et des peuples: la loi de l’interdépendance*”.⁽⁴²⁾

Para Kelsen, bem como para os solidaristas franceses, a idéia de soberania tradicional deveria ser eliminada, por acarretar obstáculos ao desenvolvimento do direito internacional e à evolução da comunidade das nações rumo a uma *civitas maxima*: “*De même que la théorie subjectiviste du contract social a été vaincue en même temps, que l’idée de la souveraineté de l’individu, et que la validité objective de l’ordre étatique a été ainsi mise hors de doute, de même en éliminant la dogme de la souveraineté, de l’Etat, on établira qu’il existe un order juridique universel, indépendant de toute reconnaissance et supérieur aux États, une civitas maxima*”.⁽⁴³⁾ Cabe ao direito internacional, dessa forma, “depois de vencidas as últimas resistências que lhe opõe o conceito atual de soberania, instituir a paz universal sobre fundações profundas e sólidas (...), realizando assim a aspiração medieval da *civitas maxima* que é, no fundo, o ideal comum dos contemporâneos”.⁽⁴⁴⁾

Assim é que muitos autores chegam mesmo a negar a soberania do Estado, posto não passar de uma competência delegada pela comunidade internacional, no interesse geral da humanidade, o que resulta no entendimento de que existe não só um direito internacional, mas também um direito supranacional ou humano, estando a liberdade do Estado circunscrita tanto por um quanto pelo outro.⁽⁴⁵⁾ Há, pois, neste cenário de proteção dos direitos humanos, um enfraquecimento da noção da não-interferência internacional em assuntos internos, flexibilizando, senão abolindo, a própria noção de soberania absoluta.

A esse respeito, e bem a propósito, o Secretário-Geral das Nações Unidas, B. Boutros-Ghali, na defesa da prevalência do direito internacional dos direitos humanos, já afirmara: “Ainda que o respeito pela soberania e integridade do Estado seja uma questão central, é inegável que a antiga doutrina da soberania exclusiva e absoluta não mais se aplica e que esta soberania jamais foi absoluta, como era então concebida teoricamente. Uma das maiores exigências intelectuais de nosso tempo é a de repensar a questão da soberania (...). Enfatizar os direitos dos indivíduos e os direitos dos povos é uma dimensão da soberania universal, que reside em toda a humanidade e que permite aos povos um envolvimento legítimo em questões que afetam o mundo como um todo. É um movimento que, cada vez mais, encontra expressão na gradual expansão do Direito Internacional”.⁽⁴⁶⁾

Neste compasso, o art. 11 da Constituição italiana, já inserto dentro deste novo contexto, preceitua que a Itália “consente, em condições de reciprocidade com outros Estados, nas limitações de soberania necessárias a uma ordem asseguradora da paz e da justiça entre as Nações”.⁽⁴⁷⁾

Historicamente, a regra pela qual os tratados pactuados pelos Estados passam a fazer parte de seu ordenamento interno, deriva do axioma firmado por Blackstone no século XVIII, segundo o qual *the Law of Nations is held to be a part of law of the land* (ou... *Internacional Law is part of the law of the land*), que já de há muito dava prevalência ao primado do Direito Internacional, reforçando a corrente monista interna-cionalista.⁽⁴⁸⁾ Verdross ao comentar esta regra, lecionava no sentido de que o seu significado refere-se à aplicação interna do direito internacional, querendo ela dizer que uma regra de direito internacional comum não vale somente entre Estados, mas também dentro dos Estados, devendo, por isso, ser aplicada pelos Tribunais e autoridades internas do mesmo, como qualquer outra norma do direito positivo nacional, sem a necessidade de que seja, antes, recolhida por uma lei interna.⁽⁴⁹⁾

O direito das gentes era, desta maneira, aplicado inclusive em oposição aos *acts of parliament*, do direito britânico, o que levou Blackstone a fazer a seguinte afirmação, registrada por Lauterpacht: “O Direito internacional (todas as vezes que surge uma questão que com justo título dependa de sua jurisdição) é adotado aqui, em sua totalidade, pelo Direito do País, e é considerado como formando parte deste. E os *acts* do Parlamento, que de quando em quando se aprovam para assegurar a aplicação dessa lei universal ou para facilitar a execução de suas decisões, não devem ser considerados como introdutores de meras normas, mas simplesmente como declarativos de velhas constituições do reino, sem as quais este cessaria de fazer parte do mundo civilizado”.⁽⁵⁰⁾

Mas, ressalte-se que no caso brasileiro, somente no que se refere aos tratados de direitos humanos é que se aplicará o primado do Direito Internacional frente ao ordenamento interno, pois, como se viu, por disposição expressa da Carta de 1988, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, à medida em que ratificados, “se incluem” no nosso ordenamento com *status* de norma constitucional, e mais que isso, de norma supraconstitucional.

2.2 Incorporação automática dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no ordenamento constitucional brasileiro: o § 1º do art. 5º da Carta de 1988

Além de supranacional, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos por nós ratificados, passam, ainda, a incorporar-se automaticamente em nosso ordenamento, pelo que estatui o § 1º do art. 5º da nossa Carta:

“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

A inserção desta norma no Título correspondente aos “direitos e garantias fundamentais” na Carta Magna de 1988, fora influenciada, por certo, pelo anteprojeto elaborado pela “Comissão Afonso Arinos”, que, em seu art. 10, continha preceito semelhante, o qual estabelecia que “os direitos e garantias desta Constituição têm aplicação imediata”.

Frise-se que o § 1º do art. 5º da Constituição de 1988, dá aplicação imediata a todos os direitos e garantias fundamentais. É dizer, seu âmbito material de aplicação transcende o catálogo dos direitos individuais e coletivos insculpidos nos arts. 5º a 17 da Carta da República, para abranger ainda outros direitos e garantias expressos na mesma Constituição (mas fora do catálogo), bem como aqueles decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, e dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, tudo, consoante a regra do § 2º do seu art. 5º.

É justamente este último caso (aplicação imediata dos tratados internacionais de direitos humanos) que nos interessa neste estudo. Ora, se as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, uma vez ratificados, por também conterem normas que dispõem sobre direitos e garantias fundamentais, terão, dentro do contexto constitucional brasileiro, idêntica aplicação imediata. Da mesma forma que são imediatamente aplicáveis aquelas normas expressas nos arts. 5º a 17 da Constituição da República, o são, de igual maneira, as normas contidas nos tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil seja parte.⁽⁵¹⁾

Atribuindo-lhes a Constituição a natureza de “normas constitucionais”, passam os tratados de proteção dos direitos humanos, pelo mandamento do citado § 1º do seu art. 5º, a ter aplicabilidade imediata, dispensando-se, desta forma, a edição de decreto de execução para que irradiem seus efeitos tanto no plano interno como no plano internacional. Já, nos casos de tratados internacionais que não versam sobre direitos humanos, este decreto, materializando-os internamente, faz-se necessário.⁽⁵²⁾ Em outras palavras, com relação aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, foi adotado no Brasil o monismo internacionalista kelseniano, dispensando-se da sistemática da incorporação, o decreto executivo Presidencial para seu efetivo cumprimento no ordenamento pátrio, de forma que a simples ratificação do tratado por um Estado importa na incorporação automática de suas normas à respectiva legislação interna.

Esclareça-se que não é da edição do Decreto Legislativo que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos passam a ter aplicabilidade imediata no ordenamento brasileiro, mas sim em face de sua posterior ratificação pelo Presidente da República, a quem compete privativamente celebrar tratados, convenções e atos internacionais (CF, artigo 84, VIII). A ratificação é imprescindível, mesmo porque a vigência de um tratado internacional no Brasil depende da anterior vigência internacional do ato, só alcançada através dela.

No mesmo sentido, a lição de Flávia Piovesan, para quem “em face da incorporação automática os tratados internacionais incorporam-se de imediato ao direito nacional em virtude do ato da ratificação. (...) 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 ordem jurídica interna, sem a necessidade de uma norma de direito nacional que a integre ao sistema jurídico. Esta sistemática da incorporação automática reflete a concepção monista, pela qual o Direito Internacional e o Direito interno compõe uma mesma unidade, uma única ordem jurídica, inexistindo qualquer limite entre a ordem jurídica internacional e a ordem interna”.⁽⁵³⁾ Não é outra a lição de Virginia Leary, nestes termos: “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 é 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 também ser atos necessários para que eles entrem em vigor no Direito Interno”.⁽⁵⁴⁾

Ao contrário, com relação aos tratados internacionais comuns, o Brasil passou a acolher a concepção dualista, que exige a edição de decreto de execução para que passem a irradiar seus efeitos.

Além do art. 5º, § 1º da Carta da República impor esta conclusão, a autoaplicabilidade dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos advém das próprias normas de direito internacional, pois, se um Estado compromete-se a acatar os preceitos de um tratado, é óbvio que as normas devem ser imediatamente exigíveis.⁽⁵⁵⁾ Para Antônio Augusto Cançado Trindade: “Pode-se mesmo admitir uma presunção em favor da autoaplicabilidade dos tratados de direitos humanos, exceto se contiverem uma estipulação expressa de execução por meio de leis subseqüentes que condicionem inteiramente

te o cumprimento das obrigações em apreço; assim como a questão da hierarquia das normas (e da determinação de qual delas deve prevalecer) tem sido tradicionalmente reservada ao direito constitucional (daí advindo as consideráveis variações neste particular de país a país), a determinação do caráter autoaplicável (*self-executing*) de uma norma internacional constitui, como se tem bem assinalado, por sua vez, ‘uma questão regida pelo Direito Internacional, já que se trata nada menos que do cumprimento ou da violação de uma norma de direito internacional’.⁽⁵⁶⁾

Aliás, Constituições de diversos países do ocidente têm igualmente consagrado o primado do direito internacional, bem como a autoaplicabilidade das normas emanadas de tratados internacionais. Nessa esteira é que a Constituição da República Portuguesa de 1976 (artigo 16, n° 1) dita a regra de que “os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”, acrescentando que “os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (artigo 16, n° 2). A Carta Portuguesa, admite ainda a recepção automática das normas internacionais, dispensando qualquer tipo de procedimento legislativo ou executivo que as integre internamente, inclusive estabelecendo a superioridade hierárquica das normas da Comunidade Económica Europeia sobre a legislação interna (artigo 8°).⁽⁵⁷⁾ A Constituição Espanhola, por seu turno, em seu art. 9 n° 2, estabelecendo verdadeira regra de interpretação, chega a afirmar que: “As normas relativas aos direitos fundamentais e às liberdades que a Constituição reconhece se interpretarão de conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os tratados e acordos internacionais sobre as mesmas matérias ratificadas pela Espanha”; e no art. 96, n° 1, dita a regra de que “os tratados internacionais, logo que publicados oficialmente na Espanha farão parte da ordem interna espanhola”. Por último, e da mesma forma, seguindo a tendência das demais, a Constituição Argentina, reformada em 1994, estabeleceu em seu art. 75, inc. 22, que determinados tratados e instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos nele enumerados têm hierarquia constitucional e são complementares aos direitos e garantias nela reconhecidos.

Como se já não bastasse, é ainda de se ressaltar que todos os direitos inseridos nos referidos tratados, incorporando-se imediatamente no ordenamento interno brasileiro (CF, artigo 5°, § 1°), por serem normas também definidoras dos direitos e garantias fundamentais, passam a ser cláusulas pétreas, não podendo ser suprimidos nem mesmo por emenda à Constituição (CF, artigo 60, § 1°, IV).⁽⁵⁸⁾ É o que se extrai do resultado da interpretação dos §§ 1° e 2°, do art. 5°

da Lei Fundamental, em cotejo com o art. 60, § 4º, IV, da mesma Carta. Isto porque, o §1º, do art. 5º, da Constituição da República, como se viu, dispõe expressamente que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

As cláusulas pétreas impõe limites materialmente explícitos de reforma constitucional. Essas limitações materiais explícitas constantes do parágrafo 4º do art. 60 da Constituição impedem, na via de emenda constitucional, qualquer proposta tendente a abolir: (I) a forma federativa do Estado; (II) o voto direto, secreto, universal e periódico; (III) a separação dos Poderes; e (IV) os direitos e garantias individuais. Observe-se que, neste último caso, a respectiva cláusula pétrea só alcança direitos e garantias individuais e não coletivos. Logo, só os direitos individuais enunciados por tratados é que são resguardados por cláusulas pétreas e não os coletivos.⁽⁵⁹⁾

Dessa forma, os direitos inseridos nos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, passam a ser cláusulas pétreas, não podendo ser suprimidos por emenda à Constituição, nos termos do art. § 4º, IV, do art. 60, da Carta de 1988, que diz:

“Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV – os direitos e garantias individuais.”

Ora, se a Constituição Federal permite que tratados internacionais de direitos humanos ingressem no ordenamento interno brasileiro, revestindo-se da natureza de “norma constitucional”, e, dispondo o produto normativo desses tratados sobre direitos e garantias individuais, a outra conclusão não se chega senão a de que, pelo mandamento do § 1º do art. 5º, e do § 4º, IV, do art. 60 da Carta de 1988, após a entrada de tais normas no ordenamento jurídico brasileiro, não há mais sequer uma maneira de se suprimir qualquer dos direitos provenientes daquele produto normativo convencional, nem mesmo através de Emenda à Constituição. Ou seja, à partir do ingresso de um tratado internacional de direitos humanos no ordenamento constitucional brasileiro, todos os seus dispositivos normativos passarão, desde o seu ingresso, a constituírem cláusulas pétreas, não mais podendo ser suprimidos por qualquer maneira.

Nessa esteira, dando a Carta Magna aos tratados internacionais de direitos humanos pelo Brasil ratificados a natureza de “norma constitucional”, e passando os direitos inclusos nestes tratados a constituir cláusula pétrea, nos termos de seu art. 60, § 4º, IV, por se tratar também de um direito, será igualmente cláusula pétrea aquela norma de interpretação do Pacto de San José da Costa Rica (*supra*: artigo 29), que passa a ter também aplicabilidade imediata

no que assegura que nenhuma de suas disposições pode ser interpretada no sentido de permitir a qualquer dos Estados-partes a supressão do gozo e do exercício dos direitos e liberdades ali reconhecidos...

3. Conclusão

I – O § 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, tem um caráter eminentemente aberto (norma de *fattispecie* aberta), pois dá margem à entrada ao rol dos direitos e garantias consagrados na Constituição, de outros direitos e garantias provenientes de tratados, revelando o caráter não fechado e não taxativo do elenco constitucional dos direitos fundamentais. O § 2º do art. 5º da Carta da República, assim, está a admitir que tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ingressem no ordenamento jurídico brasileiro no nível das normas constitucionais, e não no âmbito da legislação ordinária. Se a Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (artigo 5º, § 2º), é porque está ela própria a autorizar que esses direitos internacionais constantes dos tratados internacionais pelo Brasil ratificados “se incluem” no nosso ordenamento, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem. E assim o fazendo, o *status* do produto normativo convencional não pode ser outro que não o de verdadeira “norma materialmente constitucional”.

II – Os demais tratados internacionais que não versam sobre direitos humanos, não têm natureza de norma constitucional; terão sim, natureza de norma infraconstitucional, extraída do art. 102, III, *b*, da Carta Magna de 1988.

III – Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos por nós ratificados, passam a incorporar-se automaticamente em nosso ordenamento, pelo que estatui o § 1º do art. 5º da nossa Carta: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Se as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, uma vez ratificados, por também conterem normas que dispõe sobre direitos e garantias fundamentais, terão, dentro do contexto constitucional brasileiro, idêntica aplicação imediata. Atribuindo-lhes a Constituição a natureza de “normas constitucionais”, passam os tratados de direitos humanos, pelo mandamento do citado § 1º do seu art. 5º, a ter aplicabilidade imediata no ordenamento brasileiro, dispensando-se, desta forma, a edição de decreto de execução para que irradiem seus efeitos tanto no plano interno como no plano internacional. Foi adotado no Brasil o monismo internacionalista kelseniano, dispensando-se da sistemática da incorporação, o decreto executivo Presidencial para seu efetivo cumprimento no ordenamento pátrio, de forma que a simples ratifica-

ção do tratado pelo Estado importa na incorporação automática de suas normas à respectiva legislação interna.

IV – Todos os direitos inseridos nos referidos tratados de proteção dos direitos humanos, incorporando-se imediatamente no ordenamento interno brasileiro (CF, artigo 5º, § 1º), por serem normas também definidoras dos direitos e garantias fundamentais, passam a ser cláusulas pétreas, não podendo ser suprimidos nem mesmo por Emenda à Constituição (CF, artigo 60, § 1º, IV). Essa conclusão se extrai do resultado da interpretação dos §§ 1º e 2º, do art. 5º da Constituição de 1988, em cotejo com o art. 60, § 4º, IV, da mesma Carta. Isto porque, o § 1º, do art. 5º. Observe-se que no caso em que estamos tratando a respectiva cláusula pétrea só alcança direitos e garantias individuais e não coletivos. Somente os direitos individuais enunciados por tratados é que são resguardados por cláusulas pétreas e não os coletivos. Se a Constituição permite que os tratados internacionais de direitos humanos ingressem no ordenamento nacional, revestindo-se da natureza de “norma constitucional”, e, dispondo o produto normativo desses tratados sobre direitos e garantias individuais, a outra conclusão não se chega senão a de que, pelo mandamento do § 1º do art. 5º, e do § 4º, IV, do art. 60 da Carta de 1988, após a entrada de tais normas no ordenamento jurídico brasileiro, não há mais sequer uma maneira de se suprimir qualquer dos direitos provenientes daquele produto normativo convencional, nem mesmo através de Emenda à Constituição.

BIBLIOGRAFIA

- Barile**, Paolo. “*Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*”. Bologna: *Società Editrice il Mulino*, 1984 [impressão: 1992].
- Barile**, Paolo, **Cheli**, Enzo & **Grassi**, Stefano. “*Istituzioni di diritto pubblico*”, 8ª ed. Padova: Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1998.
- Barroso**, Luís Roberto. “Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora”, 3ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.
- Bonavides**, Paulo. “Curso de direito constitucional”, 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- Boson**, Gerson de Britto Mello. “Curso de direito internacional público”, 1º Vol. Belo Horizonte: Livraria Bernardo Álvares Editora, 1958.
- Trindade**, Antônio Augusto Cançado. “A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos”. São Paulo: Saraiva, 1991.
- _____. “Direito internacional e direito interno: sua interpretação na proteção dos direitos humanos”. In: “Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos”, obra cuja qual o autor prefacia. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado, 1996.
- Canotilho**, J. J. Gomes. “Direito constitucional”, 6ª ed. revista. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- _____. “Direito constitucional e teoria da Constituição”. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.
- Cintra**, Antonio Carlos de Araújo, **Grinover**, Ada Pellegrini & **Dinamarco**, Cândido Rangel. “Teoria geral do processo”, 13ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.
- Cintra Junior**, Dyrceu Aguiar Dias. “O judiciário brasileiro em face dos direitos humanos”. In: “Justiça e democracia: revista semestral de informação e debate”, nº 2, págs. 10-33, jul./dez. 1996 – ano 1 (publicação oficial da Associação Juízes para a Democracia). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, segundo semestre de 1996.

- Clève**, Clèmerson Merlin. “Contribuições previdenciárias. Não recolhimento. Art. 95, *d*, da Lei nº 8.212/91. Inconstitucionalidade”. *Revista dos Tribunais*, nº 736, págs. 503-532, fev. 1997.
- COSTA**, Cezar Augusto Rodrigues. “Da prisão civil por dívida”. *In*: “Revista Cidadania e Justiça da Associação dos Magistrados Brasileiros”, ano 2, nº 4, 1º semestre de 1998.
- Dallari**, Pedro. “Constituição e relações exteriores”, São Paulo: Saraiva, 1994.
- _____. “Normas internacionais de direitos humanos e a jurisdição nacional”. *In*: “Revista especial do Tribunal Regional Federal”, 3ª Região – Escola dos Magistrados – Seminário: incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1997.
- Ferreira Filho**, Manoel Gonçalves. “Comentários à Constituição brasileira de 1988”, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1990.
- _____. “Comentários à Constituição brasileira de 1988”, vol. 1, 2ª ed., atual. e reformulada. São Paulo: Saraiva, 1997.
- Fraga**, Mirtô. “O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira”. Rio: Forense, 1998.
- Gomes**, Luiz Flávio. “A questão da obrigatoriedade dos tratados e convenções no Brasil: particular enfoque da Convenção Americana sobre Direitos Humanos”. *In*: *Revista dos Tribunais*, nº 710, págs. 21-31, dez. 1994.
- Grinover**, Ada Pellegrini, **Fernandes**, Antonio Scarance & **Gomes Filho**, Antonio Magalhães. “As nulidades no processo penal”, 6ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- Henkin**, Louis, **Pugh**, Richard, **Schachter**, Oscar & **Smit**, Hans. “*International law: cases and materials*”, 3th. ed. Minnesota: West Publishing, 1993.
- Alves**, José Augusto Lindgren. “Os direitos humanos como tema global”. São Paulo: Editora Perspectiva/Fundação Alexandre de Gusmão, 1994.
- Mazzuoli**, Valerio de Oliveira. “Alienação fiduciária em garantia e a prisão do devedor-fiduciante: uma visão crítica à luz dos direitos humanos”, 1ª ed. Campinas: Agá Juris, 1999.
- _____. “Direitos humanos & relações internacionais”, 1ª ed. Campinas: Agá Juris, 2000.
- _____. “A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos”. *In*: *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*, ano 1, Vol. 6, págs. 26-50. Ribeirão Preto: Nacional de Direito Livraria Editora, junho de 2000.
- _____. “A influência dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos no direito interno brasileiro e a primazia da norma mais favorável como regra de hermenêutica internacional”. *In*: *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, nº 53: págs. 83-106, jun. 2000
- MELLO**, Celso Duvivier de Albuquerque. “O § 2º do art. 5º da Constituição Federal”. *In*: Ricardo Lobo Torres (org.). “Teoria dos Direitos Fundamentais”. Rio: Renovar, 1999.
- Modugno**, Franco. “*I ‘nuovi diritti’ nella giurisprudenza costituzionale*”. Torino: G. Giappichelli Editore.
- Moraes**, Alexandre de. “Direito constitucional”, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- _____. “Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência”, 3ª ed. (coleção Temas Jurídicos, nº 3). São Paulo: Atlas, 2000.
- Alves**, José Carlos Moreira. “Simpósio sobre imunidades tributárias: conferência inaugural”. *In*: **Martins**, Ives Gandra da Silva, coord., conferencista inaugural José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 1998 – (Pesquisas tributárias. Nova série, nº 4).
- Pereira**, André Gonçalves & **Quadros**, Fausto de. “Manual de direito internacional público”, 3ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- Pfeiffer**, Roberto Augusto Castellanos & **Agazzi**, Anna Carla. “Integração, eficácia e aplicabilidade do direito internacional dos direitos humanos no direito brasileiro – interpretação do art. 5º, §§ 1º e 2º da Constituição Federal de 1988”. *In*: “Direitos Humanos: construção da liberdade e da igualdade” (Série Estudos nº 11). São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado, 1998.

- Piovesan**, Flávia. “O direito internacional dos direitos humanos e a redefinição da cidadania no Brasil”. In: *Justiça e democracia: revista semestral de informação e debate*, nº 2, págs. 109-118, jul./dez. 1996 – ano 1 (publicação oficial da Associação Juízes para a Democracia). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, segundo semestre de 1996.
- _____. “Direitos humanos e o direito constitucional internacional”, 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- _____. “Temas de direitos humanos”. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- Pinto Ferreira**. “Comentários à Constituição brasileira”, 1º vol. São Paulo: Saraiva, 1989.
- _____. “Curso de direito constitucional”, 6ª ed., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1993.
- Reale**, Miguel. “Sentido da Constituição e de sua Reforma”. In: *Revista Trimestral de Direito Público* – 1. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.
- Rezek**, José Francisco. “Direito dos tratados”. Rio: Forense, 1984.
- _____. “Direito internacional público: curso elementar”, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- Rodas**, João Grandino. “Tratados internacionais”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.
- Rocha**, Fernando Luiz Ximenes. “A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro”. In: *Revista de Informação Legislativa*, nº 130.
- Silva**, José Afonso da. “Curso de direito constitucional positivo”, 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.
- _____. “Aplicabilidade das normas constitucionais”, 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.
- Süssekind**, Arnaldo. “Tratados ratificados pelo Brasil”. Rio: Freitas Bastos Editora, 1981.
- Tucci**, José Rogério Cruz e. Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- Weis**, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

NOTAS EXPLICATIVAS

- (1) Cf. FLÁVIA PIOVESAN. “A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro”, pág. 92.
- (2) Resolução 217-A (III) da Assembléia-Geral da Organização das Nações Unidas (ONU).
- (3) Cf. CARLOS WEIS. “Direitos humanos contemporâneos”, pág. 18.
- (4) LOUIS HENKIN (*et al.*). “*International law: cases and materials*”, págs. 375-376.
- (5) Como destaca CARLOS WEIS: “A recente sistematização dos direitos humanos em um sistema normativo internacional, marcada pela proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, representa tanto o ponto de chegada do processo histórico de internacionalização dos direitos humanos como o traço inicial de um sistema jurídico universal destinado a reger as relações entre os Estados e entre estes e as pessoas, baseando-se na proteção e promoção da dignidade fundamental do ser humano” (“Direitos humanos contemporâneos”, cit., p.ÁG. 21).
- (6) CARLOS WEIS. *Idem, ibidem*.
- (7) Na lição de ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE: “O antagonismo irreconciliável entre as posições monista e dualista clássicas provavelmente levou os juristas a abordar mais recentemente a relação entre o direito internacional e o direito interno de ângulos distintos. A distinção tradicional, enfatizando a pretensa diferença das relações reguladas pelos dois ordenamentos jurídicos, dificilmente poderia fornecer uma resposta satisfatória à questão da proteção internacional dos direitos humanos: sob o direito interno as relações entre os indivíduos, ou entre o Estado e os indivíduos, eram consideradas sob o aspecto da ‘competência nacional exclusiva’; e tentava-se mesmo argumentar que os direitos individuais reconhecidos pelo direito internacional não se dirigiam diretamente aos beneficiários, e por conseguinte não eram diretamente aplicáveis. Com o passar dos anos, houve um avanço, no sentido de, ao menos, distinguir entre os países em que certas normas dos instrumentos internacionais de direitos humanos passaram a ter aplicabilidade direta, e os países em que necessitavam elas ser ‘transformadas’ em leis ou disposições de direito interno para ser aplicadas pelos tribunais e autoridades”.

- des administrativas”. (“Direito internacional e direito interno: sua interpretação na proteção dos direitos humanos”, pág. 16).
- (8) Cf. GERSON DE BRITTO MELLO BOSON. “Curso de direito internacional público”, págs. 174-175. Para este autor: “O primado do Direito das gentes é um dos maiores postulados da teoria geral do Direito internacional. Existe ainda quando falte nas Constituições o seu reconhecimento expresso, porque, na verdade, os Estados, juridicamente, só dispõem da liberdade para fixar a modalidade da aplicação *interna* do Direito internacional. O Estado, no exercício de suas competências, pode praticar atos contrários ao Direito das gentes, mas incorre em responsabilidade, ajuizável perante tribunais internacionais, ainda quando o ato ilícito impugnado tenha sido praticado de acordo com a lei interna, pois o próprio exercício das funções legislativas pode ser constitutivo de um ato internacionalmente anti-jurídico. Tem, portanto, toda procedência a declaração, repetida, de vários tribunais internacionais, de que as leis internas são em face do Direito das gentes, meros fatos suscetíveis de serem valorados com respeito à sua conformidade ou discrepância com o Direito internacional. A validade superestatal deste é independente da vontade dos Estados, já submetidos à sua obrigação” (*Op. cit.*, pág. 177).
- (9) JOSÉ AFONSO DA SILVA. “Curso de direito constitucional positivo”, pág. 191.
- (10) MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO. “Comentários à Constituição brasileira de 1988”, vol. 1., pág. 88.
- (11) Cf. FLÁVIA PIOVESAN. “Direitos humanos e o direito constitucional internacional”, 3ª ed., págs. 87-88.
- (12) FLÁVIA PIOVESAN. *Op. cit.*, pág. 89.
- (13) Simpósio sobre imunidades tributárias: conferência inaugural. In: IVES GANDRA DA SILVA MARTINS (coord.), conferencista inaugural JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 1998 – (Pesquisas tributárias. Nova série, nº 4), pág. 22.
- (14) JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES. *Idem, ibidem*.
- (15) Cf. nesse sentido, LUÍS ROBERTO BARROSO. “Interpretação e aplicação da Constituição”, pág. 30.
- (16) Cf. JORGE MIRANDA. “Manual de direito constitucional”, pág. 153, *in verbis*: “O nº 1 do art. 16 da Constituição [portuguesa] aponta para um sentido material de direitos fundamentais: estes não são apenas os que as normas formalmente constitucionais enunciem; são ou podem ser também direitos provenientes de outras fontes, na perspectiva mais ampla da Constituição material. Não se depara, pois, no texto constitucional um elenco taxativo de direitos fundamentais. Pelo contrário, a enumeração é uma enumeração aberta, sempre pronta a ser preenchida ou completada através de outros direitos ou, quanto a cada direito, através de novas faculdades para além daquelas que se encontram definidas ou especificadas em cada momento. Daí poder-se apelidar o art. 16, nº 1, de cláusula aberta ou de não tipicidade de direitos fundamentais”.
- (17) Cf. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO. “Comentários à Constituição brasileira de 1988”, vol. 1, 2ª ed., pág. 85.
- (18) VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI. “A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos”, pág. 32.
- (19) ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA E FAUSTO DE QUADROS. “Manual de direito internacional público”, págs. 117 e 121.
- (20) “Direitos humanos e o direito constitucional internacional”, 3ª ed., cit., pág. 82.
- (21) Cf. FLÁVIA PIOVESAN. *Op. cit.*, págs. 82-103.
- (22) Não assiste razão, assim, a ALEXANDRE DE MORAES, para quem: “A Constituição Federal não exclui a existência de outros direitos e garantias individuais, de caráter infraconstitucional, decorrente dos atos e tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. E, apoiado em decisões do STF, conclui: “As normas previstas nos atos, tratados, convenções ou pactos internacionais devidamente aprovadas pelo Poder Legislativo e promulgadas pelo Presidente da República ingressam no ordenamento jurídico brasileiro como atos normativos infraconstitucionais, de mesma hierarquia às leis ordinárias (RTJ 83/809; STF – Adin. nº 1.480 3

- medida liminar – Rel. Min. Celso de Mello), subordinando-se, pois, integralmente, às normas constitucionais”. (“Direitos humanos fundamentais”, págs. 302 e 304).
- (23) Cf. CARLOS WEIS. “Direitos humanos contemporâneos”, cit., pág. 28.
- (24) É também a opinião de CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, que conclui atribuir a Constituição “aos direitos humanos definidos em tratado internacional o *status* de norma constitucional” (cf. parecer publicado na Revista dos Tribunais, nº 736, fev. 1997, pág. 527).
- (25) “As nulidades no processo penal”, 6ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, pág. 76.
- (26) “Boletim do IBCCrim”, edição especial, nº 42, jun./1996, pág. 1.
- (27) Cf. “O § 2º do art. 5º da Constituição Federal”. In: RICARDO LOBO TORRES (org.). “Teoria dos Direitos Fundamentais”, pág. 25.
- (28) *Op. cit.*, págs. 33-34.
- (29) Cf. MÁXIMO PACHECO G., citado por CARLOS WEIS, in *Op. cit.*, pág. 34.
- (30) Cf. FLÁVIA PIOVESAN. *Op. cit.*, pág. 91. Para PEDRO CALMON, “referendando o Congresso os tratados internacionais, estes são transformados em Lei, equivalente à demais leis Federais” (“Curso de direito constitucional brasileiro”, pág. 158).
- (31) “Constituição da República Federativa do Brasil anotada e legislação complementar”. São Paulo: Saraiva, 1998, pág. 235, nota nº 28.
- (32) FLÁVIA PIOVESAN. *Op. cit.*, pág. 96.
- (33) Cf. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969), art. 53. Segundo este mesmo artigo Convenção de Viena, “é nulo todo tratado que, no momento de sua celebração esteja em oposição com uma norma interpretativa de direito internacional geral”, a exemplo das normas de *ius cogens*, que são obrigatórias. Cf. ainda, ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS, para quem “um dos traços mais marcantes da evolução do Direito Internacional contemporâneo foi, sem dúvida, a consagração definitiva do *ius cogens* no topo da hierarquia das fontes do Direito Internacional, como uma ‘supra-legalidade internacional’” (“Manual de direito internacional público”, cit., pág. 277).
- (34) Cf. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969), art. 64.
- (35) “Constituição e relações exteriores”, pág. 162.
- (36) “Da prisão civil por dívida”. In: Revista Cidadania e Justiça da Associação dos Magistrados Brasileiros, ano 2, nº 4, 1º semestre de 1998, pág. 201.
- (37) Assim conclui FLÁVIA PIOVESAN: “Em suma, a natureza 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. Esta 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”. (*Op. cit.*, pág. 98).
- (38) DYRCEU AGUIAR DIAS CINTRA JUNIOR. “O judiciário brasileiro em face dos direitos humanos”. In: Justiça e democracia: revista semestral de informação e debate, nº 2, jul./dez. 1996 – ano 1, pág. 13; cf. também a Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, set. 1998, pág. 69.
- (39) Cf. MIGUEL REALE. “Sentido da Constituição e de sua Reforma”. In: Revista Trimestral de Direito Público – 1., págs. 10-11.
- (40) “Direito constitucional”, pág. 68.
- (41) Cf. PEDRO DALLARI, Recepção pelo direito interno das normas de direito internacional público – o § 2º do art. 5º da Constituição Brasileira de 1988, trabalho acadêmico. Para HANS KELSEN, a questão, todavia, consiste em saber em que medida a soberania do Estado é limitável pelo direito internacional, e admite que a resposta não pode ser deduzida, quer do primado do direito internacional, quer do primado do direito interno nacional (cf. “Teoria pura do direito”, pág. 457).
- (42) “*Revue Générale*”, 1898, págs. 77 e 86. Para MIRTÓ FRAGA: “(...) não se pode esquecer que o conceito de soberania não é estático, mas dinâmico, modificando-se para atender às necessi-

- dades da sociedade internacional. Do conceito de soberania como a qualidade do poder do Estado que não reconhece outro poder maior que o seu – ou igual – no plano interno, chegou-se à moderna conceituação: Estado soberano é o que se encontra, direta e imediatamente, subordinado à ordem jurídica internacional. A soberania continua a ser um poder (ou qualidade do poder) absoluto; mas, absoluto não quer dizer que lhe é próprio. A soberania é, assim, um poder (ou grau do poder) absoluto, mas não é nem poderia ser ilimitado. Ela encontra seus limites nos direitos individuais, na existência de outros Estados soberanos, na ordem internacional” (“O conflito entre tratado internacional...”, pág. 9).
- (43) HANS KELSEN. “*Recueil des Cours*”, nº 14, pág. 326. Vide, GERSON DE BRITTO MELLO BOSON, *Op. cit.*, pág. 179, nota nº 287.
- (44) PEDRO BAPTISTA MARTINS. “Da unidade do direito e da supremacia do direito internacional”, *cit.*, pág. 2.
- (45) Cf. A. MANDELSTAM. “*La protection internationale des droits de l’homme*”. “*Recueil des Cours*”, nº 38, pág. 192; cf., ainda, LEÓN DUGUIT. “*Traité de droit constitutionnel*”, Vol. 1, 3ª ed. Paris: E. DE BOCCARD, 1930, pág. 588.
- (46) B. BOUTROS-GHALI, “*Empowering the United Nations*”. In: “*Foreign Affairs*”, v. 89, 1992/1993, págs. 98-99. *Apud* LOUIS HENKIN (*et al.*), “*International law: cases and materials*”, *cit.*, pág. 18.
- (47) Na lição de PAOLO BARILE, ENZO CHELI e STEFANO GRASSI: “*I limiti alla sovranità del nostro Stato che derivano dall’attribuzione dei poteri normativi agli organi comunitari, trovano fondamento nel principio di cui all’art. 11 C., che “consente, in condizioni di parità com gli altri Stati, le limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le nazioni”, ed invita l’Italia a “promuovere” e “favorire” le “organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo”: le Comunità europee sono nate – come si è accenato – com scopi analoghi a quelli indicati dall’art. 11 C., come risulta anche dai preamboli dei rispettivi trattati*” (“*Istituzioni di diritto pubblico*”, pág. 140).
- (48) Cf. CELSO D. DE ALBUQUERQUE MELLO. “Direito Internacional Público”, pág. 104.
- (49) ALFRED VON VERDROSS. “*Derecho internacional publico*”, pág. 73. Cf. também, GERSON DE BRITTO MELLO BOSON, *op. cit.*, pág. 175.
- (50) Vide GERSON DE BRITTO MELLO BOSON, *Idem*, págs. 175-176.
- (51) A esse propósito, FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA ressalta a “posição feliz do nosso constituinte de 1988, ao consagrar que os direitos garantidos nos tratados de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil é parte recebe tratamento especial, inserindo-se no elenco dos direitos constitucionais fundamentais, tendo aplicação imediata no âmbito interno, a teor do disposto nos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição Federal” (“A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro”. In: *Revista de Informação Legislativa*, nº 130, pág. 81).
- (52) VALERIA DE OLIVEIRA MAZZUOLI. “A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos”, *cit.*, pág. 35.
- (53) FLÁVIA PIOVESAN. *Op. cit.*, págs. 106-107.
- (54) 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, pág. 36. *Apud* FLÁVIA PIOVESAN, *op. cit.*, pág. 106.
- (55) Cf. ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER e ANNA CARLA AGAZZI. “Integração, eficácia e aplicabilidade do direito internacional dos direitos humanos no direito brasileiro — interpretação do art. 5º, §§ 1º e 2º da Constituição Federal de 1988”. In: “Direitos Humanos: construção da liberdade e da igualdade”, pág. 223, nota 27.
- (56) “Direito internacional e direito interno: sua interpretação na proteção dos direitos humanos”, *cit.*, pág. 34.
- (57) Cf. J.J. GOMES CANOTILHO. “Direito constitucional e teoria da Constituição”, págs. 725-727. Dispõe o atual art. 8º da Constituição da República Portuguesa (Quarta Revisão/1997): “Art. 8º (direito internacional). 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 internamente o Estado Português. 3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos”.

(58) Cf. VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI. “A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos”, cit., pág. 36.

(59) Cf. FLÁVIA PIOVESAN, *Op. cit.*, pág. 98, nota 105.