

INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E IMPLICAÇÕES NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA¹**INTERNATIONALIZATION OF HUMAN RIGHTS AND IMPLICATIONS IN BRAZILIAN CONSTITUCIONAL ORDER****Kayo José Miranda Leite♦****RESUMO**

Os direitos fundamentais indicados nas Constituições democráticas correspondem aos direitos humanos afigurados nos diversos documentos internacionais da ordem jurídica. A despeito dos diferentes planos de consagração, direitos fundamentais e direitos humanos guardam estreita afinidade de conteúdo, de sorte que tal equivalência vem a sugerir uma nova terminologia para a referência de qualquer um dos direitos. A expressão direitos humanos fundamentais se torna desejável face ao movimento de internacionalização dos direitos humanos, a exigir sua consideração para que se repense o clássico conceito de soberania, bem assim orientar as teses que buscam adotar a melhor posição hierárquica aos Tratados de Direitos Humanos. O Supremo Tribunal Federal não se atentou para a temática por ocasião do julgamento do RE 466.243-SP, que determinou a estatura supralegal para os Tratados de Direitos Humanos, não aprovados pelo expediente do §3º, do artigo 5º, da Constituição Federal, provocando importantes inovações no Direito Pátrio, como a ampliação do bloco de constitucionalidade e o controle jurisdicional de convencionalidade das leis.

PALAVRAS-CHAVE: Internacionalização dos direitos humanos. Ordem Constitucional. Bloco de constitucionalidade. Controle de convencionalidade das leis.

ABSTRACT

The fundamental rights indicated in the democratic Constitutions correspond to human rights cataloged in the various international documents. Although different formats of establishment about fundamental rights and human rights, these rights have identical content. This equivalence suggests a new terminology to reference any of them. The expression “fundamental human rights” is desirable because of the movement for international human rights, which requires rethinking the concept of sovereignty as well as guide the theories that seek to adopt the best hierarchy to Human Rights Treaties. The STF not looked for the theme by occasion the judgement of RE 466.343 – SP, which determined the supralegal hierarchy for Human Rights Treaties, not approved by the procedure of the §3º, of the article 5º, of the Federal Constitution, producing important changes in the Brazilian law, as the extension of the block of constitutionality and judicial control of conventionality of the laws.

¹Artigo recebido em 31 de maio de 2010 e aceito em 02 de julho de 2010.

♦Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, é bolsista do Mestrado em Direito e Políticas Públicas na mesma instituição. Professor universitário. Pós-graduando em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera - Uniderp em parceria com o Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional e processo civil. Desenvolve estudos relacionados aos seguintes temas: jurisdição constitucional, controle de constitucionalidade e direitos fundamentais. Advogado, atua juntos aos tribunais superiores, especialmente na área cível.

E-mail: kleite@tozzinifreire.com.br

KEYWORDS: Internalization of human rights. Constitutional order. Block of constitutionality. Judicial control of conventionality of the laws.

1. INTRODUÇÃO

As disposições positivas concernentes aos direitos humanos afiguram-se hoje em praticamente todas as constituições promulgadas após a 2ª Guerra Mundial, no catálogo referente aos direitos fundamentais. A temática demorou, é bem verdade, para ganhar a atenção que sempre mereceu, considerando que são direitos inerentes à simples condição de ser - humano.

A consagração dos direitos humanos nas constituições democráticas revela a intimidade de seu conteúdo com os direitos fundamentais, tal que a equivalência de um e outro comportou a necessária ressalva acerca dos direitos fundamentais desprovidos de um viés subjetivo. Essas questões ocuparam o primeiro tópico deste trabalho, reservando-se à parte subsequente a reflexão sobre a internacionalização dos direitos no que diz respeito à intersecção dos conceitos a trabalhar.

Por conseguinte, grassou a necessidade de se lançar algumas notas sobre a relativização da noção de soberania, à vista de que a matéria em comento não mais se esgota nos cuidados da jurisdição doméstica.

Satisfez-se, assim, após essas iniciais considerações, a preocupação metodológica deste breve ensaio, habilitando o leitor a incursionar na problemática da hierarquia dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. A esse respeito, primeiro se destacou as posições doutrinárias assumidas à luz do §2º, do artigo 5º, da Constituição Federal e, posteriormente, a agitada e ainda acesa discussão provocada pela reforma do judiciário, que acrescentou o §3º ao preceptivo, trazendo uma nova orientação ao tema.

O novel dispositivo repercutiu de forma problemática no Direito brasileiro, agonizando a doutrina pelo pronunciamento do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 466.343 – SP, que deu uma nova disciplina à hierarquia dos tratados de direitos humanos, após o embate valioso das teses capitaneadas pelos Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello.

A decisão abriu oportunidade para que se discorressem, ao final, as repercussões práticas dela advinda, tais como a modificação do bloco de constitucionalidade, e o duplo controle de verticalidade doravante existente, segundo a nova hierarquia dos tratados de direitos humanos no Direito pátrio.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS: A INTERSECÇÃO DOS CONCEITOS E A NECESSIDADE DE UMA NOVA TERMINOLOGIA

A noção de direitos fundamentais está atrelada à função intermediadora que desempenha na relação do poder estatal com as necessidades humanísticas e democráticas, ao limitarem de forma positiva e negativa a atuação do Estado para que tais direitos não sejam ofendidos.

A limitação negativa corresponde a uma abstenção do Estado, por meio de obrigações de não fazer, compelindo os governantes a não promoverem meios de intervenção na vida das pessoas. São direitos oriundos dos ideais das Revoluções americana e francesa, catalogados como direitos de primeira geração².

²As idéias revolucionárias francesas se propuseram a redigir uma declaração de direitos com aspirações universais, conforme se deu com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. As monarquias absolutas contemporâneas à Revolução, porém, tiveram curso na história ainda por vários anos, e a consagração universal dos direitos humanos só veio mesmo com Declaração Universal dos Direitos humanos de 1948. Em razão dela, conforme será exposto no decorrer do trabalho, é que já se afirma com Pablo Luis Manili que “no se concibe, hoy em día, la existência de derechos humanos para algunos y no para otros, ni de derechos que sean distintos em uma

Ocorre que o crescimento demográfico, associado ao movimento da industrialização, imprimiu gravosas disparidades na sociedade, acarretando reivindicações que não mais entusiasmavam o discurso absentista do Estado liberal. Propiciou-se, então, uma nova conformação na relação do Estado com os indivíduos, fazendo com que aquele assumisse um papel ativo na consecução da justiça social. A limitação positiva se engendra nessa nova concepção e marca o que habitualmente denomina-se de direitos de segunda geração³.

Nas constituições democráticas, os direitos fundamentais foram indicados pela sociedade em meio à manifestação do Poder Constituinte originário, proclamando-se já no preâmbulo da Constituição a inspiração da Assembléia Constituinte em “(...) instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

Em razão disso é que talvez grasse o entendimento de que os direitos fundamentais sejam aqueles direitos do homem insculpidos na Constituição de um Estado, no bojo da qual haja normas que preservem o desígnio original do Constituinte em instituir um Estado sobre a proteção desses mesmos direitos.

Os direitos humanos, porém, estariam reportados em documentos internacionais, que reconhecem o ser humano como tal, desconsiderando sua vinculação a qualquer ordem constitucional⁴. Nessa linha, Genaro R. Carrio ao enfrentar o problema conceitual de direitos humanos alça-os à titularidade de qualquer homem, em razão de sua fundamentação a um discurso moral, que os tornam independentes de circunstâncias de sexo, raça, religião, status político, econômico ou cultural, e dissociados da criação positiva, pois seu berço e consagração não decorrem do direito positivo⁵.

O aparente recorte que se faz do binômio direitos fundamentais e direitos humanos não implica no desconhecimento da íntima relação entre eles existentes. Veja-se, a propósito, o contexto histórico acerca da positivação de cada um desses direitos, e que revela a inspiração das Constituições promulgadas no segundo pós-guerra na Declaração Universal dos Direitos do homem de 1948.

Além disso, os direitos humanos, tal como os direitos fundamentais, só se desenvolvem em ambientes democráticos. Friedrich Müller anota que os direitos humanos se revelam incompatíveis com regimes autoritários e ditatoriais. Mas uma democracia digna de sê-la assim considerada estará assentada nos direitos humanos e obstinada a conferi-los proteção⁶.

A intersecção dos direitos humanos com os direitos fundamentais, aliás, constitui fenômeno conexo com o movimento de internacionalização do Direito Constitucional. Reconhece-se, todavia, que para fundamentar a aproximação do Direito internacional com o Direito Constitucional segundo uma íntima ligação entre direitos humanos e direitos fundamentais, pressupõe, obviamente, que se faça prova dessa ligação.

región que em outra”. Cf. MANILI, Pablo Luis. El bloque de constitucionalidade: la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino. Buenos Aires: La Ley, 2003, p. 39-40.

³BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 41.

⁴SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.31.

⁵CARRIÓ, Genaro R. Los derechos humanos y su proteccion. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982, p.13. No mesmo sentido, expõe Luis Fernando Barzotto: “Os direitos humanos são uma espécie do gênero direito subjetivo: são os direitos subjetivos que cabem a todo ser humano em virtude de sua humanidade”. E mais adiante assevera: “Para ser titular de um direito subjetivo é necessário que se cumpram certos requisitos estabelecidos em um ordenamento jurídico particular. Mas para possuir direitos humanos basta pertencer à espécie humana, ter o status de “humano”, ou seja, o titular dos direitos humanos é, pura e simplesmente, o ser humano. Aqui vê-se o limite da ciência do direito, que não lida com o ser humano como tal, mas com um papel jurídico: o credor, o proprietário, o cidadão, o segurado, etc. Não é Pedro como pessoa humana que é titular de direitos, mas Pedro no seu papel de proprietário, credor, etc. Cf: BARZOTTO, Luis Fernando. Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética. Direito e justiça. Porto Alegre: julho, n. 1, 2005, p. 67-74.

⁶MÜLLER, Friedrich apud CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (Coord.). Direitos humanos e democracia. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 50.

Paulo Gustavo Gonet Branco, ao discorrer sobre a noção material dos direitos fundamentais, verifica o crescimento do rol desses direitos em função das exigências específicas de cada momento histórico – a referência diz respeito às gerações ou dimensões dos direitos fundamentais – o que dificulta a sua concretização, porquanto a classe de direitos fundamentais não tende à homogeneidade⁷.

Noberto Bobbio, ao comentar a Declaração Universal dos direitos do homem, neles também identifica uma matriz histórica, por mais fundamentais que sejam, pois nascem de forma gradual e em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes⁸. Mais adiante adverte que “a classe dos direitos do homem é também heterogênea. Entre os direitos compreendidos na própria Declaração, há pretensões muito diversas entre si e, o que é pior, até mesmo incompatíveis”⁹.

Buscando novamente subsídios em Genaro R. Carrio, os direitos humanos derivam de três princípios: da inviolabilidade da pessoa, que significa a proibição de se impor sacrifícios a um indivíduo somente porque disso resultará benefício para outros indivíduos; da autonomia da pessoa, que diz respeito à liberdade de conduta, desde que não prejudique a terceiros; e da dignidade da pessoa, que corresponde ao julgamento dos homens de acordo com as suas atitudes, e não segundo outras propriedades não passíveis por eles de se controlar¹⁰.

Nessa medida parecem estar os direitos humanos cada vez mais entronizados no rol de direitos fundamentais. Por esse motivo é que Vieira de Andrade, citado por Gonet Branco, afirma que o ponto característico que serviria para definir um direito fundamental, “seria a intenção de explicitar o princípio da dignidade da pessoa humana. Nisso estaria a fundamentalidade material dos direitos humanos”¹¹.

Desenlaça-se daí, contudo, uma polêmica que consiste em expurgar do acervo dos direitos fundamentais todos aqueles direitos desprovidos de um viés subjetivo. Estar-se-ia diante de uma teoria de direitos fundamentais não constitucionalmente adequada, mormente porque a Constituição brasileira contempla direitos fundamentais de pessoas coletivas.

Nesse sentido é que Cristina Queiroz, referindo-se à Constituição de Portugal, disserta a necessidade de se “aditar à norma reconhecidora de direitos fundamentais”, um sentido objetivo, porque dela também se extrai princípios básicos da ordem democrática e constitucional do Estado de direito¹².

A despeito disso, Gonet Branco defende que os típicos direitos fundamentais têm o seu pórtico no princípio da dignidade da pessoa humana, atendendo à exigência de respeito à vida, à integridade física e à segurança de cada indivíduo. Nessa medida, parece-se adequado advogar a tese de que “os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana”¹³.

O conteúdo protegido pelos direitos humanos e direitos fundamentais é, pois, em essência, o mesmo, a justificar o porquê, de vezes à basto, serem utilizados indistintamente, não obstante os seus diferentes planos de consagração.

Ingo Wolfgang Sarlet aduz serem os direitos humanos direitos que aspiram à uma validade universal, destinados a todos os povos e tempos, consubstanciando inequívoco caráter supranacional (internacional)¹⁴.

Não é outro o escólio de Friedrich Müller ao dizer que “apesar das diferenças regionais, apesar da ênfase culturalmente diferente dada ao bem-estar coletivo e aos direitos individuais (por exemplo, entre

⁷MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 115.

⁸BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 25.

⁹Ibidem, p. 39.

¹⁰CARRIÓ, Genaro R. *Los derechos humanos y su proteccion*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982, p.14.

¹¹MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília jurídica, 2002, p. 115.

¹²QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 71.

¹³MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 116.

¹⁴SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.31.

países ocidentais e países islâmicos), o reconhecimento dos direitos humanos tende a ser universal”¹⁵.

Parece razoável e adequado, portanto, incentivar o uso da expressão “direitos humanos fundamentais”, terminologia já encampada por importantes vozes da doutrina¹⁶, e que afirma o fenômeno da internacionalização do direito, a partir do qual se desenha um verdadeiro cenário para a reconstrução dos direitos humanos, conforme passará a se demonstrar.

3. A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

O movimento de internacionalização dos direitos humanos é relativamente recente, originando-se no pós-guerra como resposta aos descabros ocorridos no nazismo. Flavia Piovesan observa que a ruptura dos direitos humanos na 2ª Guerra despertou a necessidade de sua reconstrução, abroquelada na idéia de que a proteção dos direitos humanos “não se deve restringir à competência nacional exclusiva ou à jurisdição doméstica exclusiva, porque releva tema de legítimo interesse internacional”¹⁷.

George Rodrigo Bandeira Galindo leciona que a Constituição norte-americana foi a primeira a trazer dispositivos relacionados à ação exterior do Estado, apesar do tratamento constitucional do Direito Internacional aparentemente ter se cingido ao seu impacto no Direito Interno, pelo menos até a 2ª Guerra Mundial¹⁸.

Em um primeiro momento, portanto, a disciplina constitucional circunscrevia-se à influência do Direito Internacional no Direito Interno e à divisão de competências em matéria de relações exteriores. Após a 2ª Guerra, contudo, passaram as Constituições a dedicar atenção à organização estrutural do Direito Internacional, sem suplantá-lo, todavia, o cuidado com aqueles temas iniciais que precederam o Pós-Guerra¹⁹.

A tendência lança os olhos para observar o fenômeno da internacionalização dos Direitos [humanos] fundamentais, que tem a Declaração Universal dos Direitos Humanos como o seu grande manancial, retratando a universalidade e a indivisibilidade desses direitos²⁰.

O processo de universalização dos direitos humanos descamba na formação de um real sistema internacional de proteção para eles. E se se verifica um sistema global de proteção, surgem também os sistemas regionais, com o objetivo de internacionalizar os direitos humanos também nesses planos.

Antônio Augusto Cançado Trindade ratifica essa percepção, e enfatiza a expansão do Direito Internacional após a Declaração Universal de 1948. Em suas palavras:

Em meados do século passado se reconheceu a necessidade de reconstrução do direito internacional com atenção aos direitos do homem, o que rendeu eloqüente testemunho da adoção da Declaração Universal de 1948, seguida, ao longo de cinco décadas, por mais 70 tratados de proteção hoje vigentes nos planos global e regional. Na era das Nações Unidas se consolidou, paralelamente, o sistema de segurança coletiva, que, contudo, deixou de operar satis-

¹⁵MÜLLER, Friedrich apud CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (Coord.). Direitos humanos e democracia. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 49.

¹⁶FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos humanos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2005. E também: MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2000.

¹⁷PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e jurisdição constitucional internacional. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. São Paulo: Janeiro/junho, n.1, 2003, p. 321.

¹⁸GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 73.

¹⁹Ibidem, p. 74.

²⁰Aliás, convém assinalar juntamente com Flávia Piovesan que a “Declaração de Viena de 1993, subscrita por 171 Estados, endossa a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos, revigorando o lastro de legitimidade da chamada concepção contemporânea de direitos humanos, introduzida pela Declaração de 1948. Note-se que, enquanto consenso do “pós Guerra”, a Declaração de 1948 foi adotada por 48 Estados, com 8 abstenções. Assim, a Declaração de Viena de 1993 estende, renova e amplia o consenso sobre a universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos.” Cf: PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e jurisdição constitucional internacional. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. São Paulo: Janeiro/junho, n.1, 2003, p. 323.

Internacionalização dos Direitos Humanos e Implicações na Ordem Constitucional Brasileira

fatoriamente em razão dos enfrentamentos provocados pela guerra fria. O direito internacional passou a experimentar, na segunda metade deste século, uma extraordinária expansão, fomentada em grande parte pela atuação das Nações Unidas e agências especializadas, além das organizações regionais²¹.

O cenário que se tem é de uma multiplicidade de fontes para fornecer guarida aos direitos humanos. Mireille Delmas-Marty, ao identificar esse processo, traz a expressão “internacionalização das fontes do Direito”, e adverte que o expediente não é peculiar à Europa, como se pode imaginar²².

A crença de uma separação da ordem interna e ordem internacional está deveras aquebrantada. Ainda com Mireille, aduzir ser o Estado a “única fonte do direito” – máxima de Rudolf Von Jhering –, “é a um só tempo definir certo tipo de ordem normativa que faz a geração das normas remontar ao Estado e afirmar que todas as normas pertencem ao espaço estatal, com a exclusão de qualquer outro espaço normativo”²³, o que hoje é flagrantemente desmentido em face da internacionalização das fontes.

Novamente com Cançado Trindade, o processo de formação do Direito, inclusive do Direito internacional, transcende as fontes “formais”, e o recurso recorrente a estas últimas nada mais é que o exercício de um positivismo analítico anacrônico, que sempre se tem eximido de explicar a validade das normas de direito internacional. Em seguida, assevera:

*[...] as chamadas fontes “formais” nada mais são do que os modos ou meios pelos quais o Direito Internacional é formado. O processo de formulação das normas é hoje em dia mais complexo, transcendendo as fontes “formais”, e buscando a legitimidade (opinio júris communis) na identificação do interesse público e na realização do bem comum. É o novo jus gentium de nossos dias que se configura, superando o positivismo jurídico desacreditado, e reconhecendo que, por cima da vontade (dos Estados como sujeitos de direitos e portadores de obrigações) encontra-se a consciência humana [...]*²⁴.

A exposição do autor supracitado vai ao encontro do que observa Karl Larenz quando trata “a questão dos critérios de valoração supralegais”. Larenz referindo-se ao espaço decisório que encontra o Juiz, e no âmbito do qual poderá ele – Juiz – com base na intuição axiológica pessoal orientar valorativamente sua decisão, esquivando-se em alguma medida do habitual arrimo à ordem normativa objetiva, percebe, com força em Zippelius, que a bússola das valorações se encontra no “ethos jurídico dominante” na comunidade, que tem como fonte os artigos da Constituição relativos a direitos fundamentais, exprimindo a convicção da maioria e garantindo um “consenso ao máximo abrangente”, a fim de se concretizar a idéia de Direito²⁵.

Cada vez mais íntimos se revelam os direitos humanos e os direitos fundamentais, justificando a própria epígrafe trazida para esta parte do trabalho. Não só os direitos humanos se abeberam no jus gentium, mas também os direitos fundamentais expressos na Constituição são fontes do “ethos jurídico dominante”.

²¹TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Hacia el nuevo derecho internacional para la persona human: manifestaciones de la humanización Del derecho internacional. Revista da faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte: Janeiro/junho, n.50, 2007, p. 87. A esse respeito, afirma Flávia Piovesan que “os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos, no plano internacional”. Cf. PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e jurisdição constitucional internacional. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. São Paulo: Janeiro/junho, n.1, 2003, p. 323.

²²DELMAS-MARTY, Mireille. Por um direito comum. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.48.

²³Ibidem, p.46.

²⁴TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Hacia el nuevo derecho internacional para la persona human: manifestaciones de la humanización Del derecho internacional. Revista da faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte: Janeiro/junho, n.50, 2007, p.71-72.

²⁵LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991, p. 173.

Os direitos humanos não são formulados desprendidos da consciência humana, pois é esta que representa hoje sua maior fonte, cujos valores serão anexados nos inúmeros instrumentos que positivarão esses direitos, e que também farão parte do catálogo de direitos fundamentais das constituições democráticas, reafirmando no seio social uma ética coletiva da qual inclusive os juízes poderão orientar a sua decisão.

Luís Cláudio Coni, debruçando-se sobre o conceito de internacionalização, transcreve a lição de Hélène Tourard:

“A internacionalização do direito corresponde à influência do Direito Internacional sobre a formação e o conteúdo das espécies normativas de determinado sistema jurídico estatal”, reconhecendo, em seguida, um verdadeiro diálogo do Direito internacional com as normas constitucionais, em razão de uma tendência de harmonização de conceito, a significar um “processo de mão dupla, pois as constituições nacionais passam a levar em consideração as relações do Estado nacional com o Direito Internacional e este a sofrer uma crescente influência dos dispositivos constitucionais relevantes”²⁶.

Uma questão, porém, não pode ser obliterada: a subsistência do dogma da soberania do Estado. A proteção dos direitos humanos não é matéria, conforme a demasia se assentou, exclusivamente doméstica, mas ao contrário, é tema que encontra legítimo interesse internacional. Nicolas Maziau, citado por Luís Cláudio Coni, ensina que a internacionalização é produto da evolução não só da sociedade internacional, mas, em particular, da relação entre o Estado e a idéia de soberania²⁷. Esse ponto é que será objeto da reflexão que se segue.

4. SOBERANIA: A RELATIVIZAÇÃO DE UM CONCEITO

Trabalhar a noção de soberania neste trabalho exige um extremado cuidado no recorte que irá se fazer. O conceito pode ser explorado sob diversas concepções²⁸ e não há espaço para discorrer acerca da noção de soberania sob todas as perspectivas.

Em um primeiro momento, a breve análise se dessedentará na formação histórica do conceito de soberania, passando, em seguida, a algumas considerações sobre a sua concepção jurídica e democrática.

Após, encerrado os referenciais que tiverem subsidiado o conceito a trabalhar, mais seguramente a reflexão sobre a relativização do seu conceito poderá ser feita, e daí, por conseguinte, observar como o influxo das múltiplas fontes dos direitos humanos fundamentais supera sua definição.

A formulação do conceito de soberania estatal se desenvolve a partir da crise medieval. É que os Estados europeus se encontravam estruturados sócio-politicamente em senhorios ou feudos, pertencendo, a soberania, praticamente aos senhores feudais, porque eram eles que exerciam as atribuições do poder estatal: direito de guerra, justiça, impostos, etc²⁹.

O surgimento do Estado moderno rompe paulatinamente com o sistema feudal, sobretudo na França, onde lentamente os Reis passaram a se assegurar do direito de justiça, polícia, e do próprio poder legislativo. Substituíam-se as relações feudais pela burocracia real, proclamando-se ao final do século XIII, o Rei como soberano de todo o seu reino. O arremate do domínio do poder real sobre os senhores feudais não designa a única superação para alcançar a soberania. Antes de tudo isso, marcaram-se intensas lutas contra o poder da Igreja e do Império romano, indicando a independência do Estado nacional francês³⁰.

²⁶CONI, Luís Cláudio. A internacionalização do poder constituinte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p. 68.

²⁷Ibidem, p. 69.

²⁸Sobre as concepções teocrática, democrática, jurídica, decisionista, negativista e pluralista da soberania: Cf. FERREIRA, Pinto. Teoria geral do estado. Rio de Janeiro: José Konfino, 1957.

²⁹Ibidem, p. 125.

³⁰FERREIRA, Pinto. Teoria geral do estado. Rio de Janeiro: José Konfino, 1957, p. 126.

A clássica obra de Jean Bodin – *six livres de la Republique* – aponta para um conceito de soberania – “poder absoluto e perpétuo de uma república” – que reafirma esse momento histórico, ao sintetizar os ideais do poder absoluto que almejavam os Reis da França, e o aniquilamento do direito positivo feudal então vigente³¹.

Ocorre que Bodin indica também os limites do exercício desse poder absoluto: “el poder absoluto de los príncipes y señores soberanos no se extiende, em modo alguno, a las leys de Dios y de la Naturaleza”³².

Assim é que a soberania dada a um príncipe com encargos e condições não constitui propriamente “soberania”, nem poder absoluto, salvo se as condições impostas no ato de nomeação do príncipe derivarem de leis divinas ou de leis do direito natural.

A soberania em si, diz Bodin, não é limitada, nem no poder, nem em responsabilidade, nem no tempo. Sobreleva toda acuidade, portanto, em se dissociar a soberania daquele que detém o poder soberano. Aquela não sofre limitações de qualquer natureza, enquanto este deve se conformar à lei natural, pois “a ésta, todos los reys y príncipes están sujetos, sin excepción de papa ni emperador”³³.

Ora, os direitos naturais são a base fundamentadora dos direitos humanos³⁴. Veja-se que em termos de Tomás de Aquino, Luís Fernando Barzotto anota que “os direitos humanos são jus gentium, direito natural no conteúdo e direito positivo universal na sua forma”. Sintetiza, então, sê-los – os direitos humanos – direitos naturais em um sentido mitigado, e mais, a “expressão histórica de algo natural”³⁵.

Numa perspectiva democrática de soberania, vê-se que a escola do direito natural, base fundamentadora dos direitos humanos, aparece como fonte legitimadora do discurso do “contrato social”, que apesar de se aclarar sobremaneira com Rousseau, já havia sido delimitada por outros nomes da escola do direito natural como Wolf, Hobbes e Locke³⁶.

Pinto Ferreira esclarece citando Wolff que “o contrato social é o fato gerador da soberania e da nação”³⁷, traduzindo-se em um consentimento unânime para a formação de um poder social. Nessa perspectiva, é que a titularidade da soberania pertence ao povo, e é para ele que se expressará o Poder Constituinte, reduzido aqui como a “manifestação da soberania”.

A disciplina dos direitos humanos fundamentais habita os diferentes diplomas jurídicos, figurando não só nas constituições democráticas, mas também nos documentos internacionais, nos quais não se têm uma soberania centrada no Estado, de tradição “hobbesiana”.

Por isso, leciona Flávia Piovesan “o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrente de sua soberania”³⁸.

³¹BODIN, Jean. *Los seis libros de la República*. Madrid: Tecnos, 2006, p. 47 e ss.

³²Ibidem, p. 54.

³³Ibidem, p. 63.

³⁴Explica Luis Fernando Barzotto que “os direitos humanos têm seu fundamento na lei natural, ou seja, derivam da aplicação dos primeiros princípios da razão prática às circunstâncias históricas mutáveis. Eles determinam o que é devido ao ser humano como tal, para que ele alcance sua auto-realização nas condições concretas em que se encontra. Tome-se o exemplo da liberdade. Pela sua natureza racional, o ser humano é livre, não determinado. Sua natureza o inclina a ver na liberdade um bem. O primeiro princípio da razão prática “O bem é para ser procurado e realizado, o mal evitado”, faz com que a pessoa humana, na vida comunitária, reivindique a liberdade como algo que lhe é devido, como direito. A regra de ouro estabelece que ele reconheça a mesma liberdade para todo aquele que partilha a mesma condição de pessoa humana. Nesse contexto, a liberdade será proclamada um direito humano, um direito de todos os seres humanos [...]”. Cf. BARZOTTO, Luis Fernando. *Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética*. Direito e justiça. Porto Alegre: julho, n. 1, 2005, p. 113.

³⁵BARZOTTO, Luis Fernando. *Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética*. Direito e justiça. Porto Alegre: julho, n. 1, 2005, p. 101.

³⁶C. Wolff apud FERREIRA, Pinto. *Teoria geral do estado*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1957, p. 167.

³⁷Ibidem, p. 167.

³⁸PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e jurisdição constitucional internacional*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. São Paulo: Janeiro/junho, n.1, 2003, p. 322.

Apesar da conexão e fundamentação dos direitos humanos nas leis naturais, a concepção de soberania da escola do direito natural não abona a realidade contemporânea. Jorge Miranda atina para importante sutileza, salientando o seguinte:

A crença oitocentista na Constituição supusera que, onde esta existisse, estariam também garantidos os direitos fundamentais. Num contexto de subsistência do dogma da soberania do Estado, isto levaria a que se não concebesse senão uma proteção interna dos direitos fundamentais.³⁹

O predomínio das soberanias estatais não foi suficiente para evitar as violações maciças dos direitos humanos perpetradas em todas as regiões do mundo, e as sucessivas atrocidades do século passado, dando espaço à formação de uma consciência universal de proteção aos direitos humanos a ser estabelecido pelo ordenamento internacional.

Não resta dúvida, o conceito de soberania está em crise e é hoje relativizado, em virtude do reforço, ou mesmo da substituição, de um sistema de proteção interno, por vários outros sistemas de proteção internacional aos direitos humanos⁴⁰.

Assim é que, mesmo dentro da linha evolutiva da noção de soberania articulada com o desenvolvimento do Estado de Direito, que lhe empresta a posição suprema da qual deriva todo arcabouço normativo, a preeminência da soberania estatal, praticamente incontestada até o século XX, passou a sofrer profundas modificações com o gradual reconhecimento dos direitos humanos⁴¹.

Portanto, seja sob o prisma interno ou externo do conceito de soberania – o primeiro dizendo respeito à autoridade do Estado na edição de suas leis e ordens sobre os indivíduos que habitam em seu território, sem contraste e sem limitação de nenhum outro poder; e o segundo reportando-se à insubordinação e independência nas relações recíprocas entre os Estados – a sua concepção e o poder dela decorrente é limitado pelo Direito. E não é só pelo direito positivo, da qual o Estado é uma das principais fontes de revelação, mas ainda pelo direito comum, pelo princípio superior de justiça, e ainda pelo bem comum do grupo que o Estado se propõe a realizar⁴².

Deve-se eliminar, portanto, o dogma da soberania estatal absoluta em proveito de uma soberania relativa, que nas palavras de Pinto Ferreira é “condicionada pelo desenvolvimento da cultura humana, da civilização e do próprio progresso do Direito, devido ao que, cada dia mais, a soberania se torna um poder limitado pela ordem jurídica internacional.⁴³

³⁹MIRANDA, Jorge. A recepção da Declaração Universal dos Direitos do Homem pela constituição portuguesa – um fenômeno de conjugação de direito internacional e direito constitucional. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: jan./mar; v. 199, 1995, p.9.

⁴⁰Acerca dessa nova conjuntura de defesa aos direitos humanos, leciona Flávia Piovesan que “o processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção destes direitos. Este sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos. Neste sentido, cabe destacar que, até junho de 2001, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos contava com 147 Estados-partes; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais contava com 145 Estados-partes; a Convenção contra a Tortura contava com 124 Estados-partes; a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial contava com 157 Estados-partes; a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher contava com 168 Estados-partes e a Convenção sobre os Direitos da Criança apresentava a mais ampla adesão, com 191 Estados-partes.” Cf; PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e jurisdição constitucional internacional*. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. São Paulo: Janeiro/junho, n.1, 2003, p. 322-323.

⁴¹CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras complementares de constitucional – direitos humanos e direitos fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 24.c

⁴²FERREIRA, Pinto. *Teoria geral do estado*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1957, p. 114.

⁴³Ibidem, p. 115.

As constituições, não alheias a essa realidade, sentiram a necessidade de incorporar os preceitos internacionais de proteção ao ser humano, e passaram a operacionalizar a internalização dessas normas ao ordenamento jurídico. A matéria será objeto das próximas considerações, fazendo-se, para tanto, um corte temporal no tratamento dado pela Constituição Federal de 1988, antes e após a reforma do Judiciário, por força da Emenda Constitucional 45/2004.

5. TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS E A CONSTITUIÇÃO DE 1988 (ART. 5º, §2º)

A aplicação e efetividade dos tratados de direitos humanos no direito interno é tema que tem ocupado exaustivamente doutrina e jurisprudência desde a promulgação da atual Constituição. Todo o fôlego se toma para um problema central: a hierarquia dos tratados de direitos humanos no direito brasileiro.

Afigura-se realmente curioso que tenha o artigo 5º, §2º, da Constituição Federal propiciado tantos debates. Aliás, o preceptivo, advirta-se, não se reporta apenas aos tratados de direitos humanos, e se dialogado com o §1º do mesmo artigo 5º, se depreende a pronta aplicação que deveria ter toda norma internacional da qual o Brasil seja parte, alçada que está à cúspide do ordenamento jurídico brasileiro.

Não é outro o escólio de Flávia Piovesan, ao comentar a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo ordenamento jurídico brasileiro. Em suas palavras:

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 imediata⁴⁴.

A ratificação, em 1992, da Convenção Americana de Direitos Humanos, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, permitiu que a possibilidade de interpretação do art. 5º, §2º, da Constituição, conferindo aos tratados nível constitucional, melhor se afirmasse.⁴⁵

Sucedeu-se, todavia, acesos debates no Supremo Tribunal Federal acerca da hierarquia dos tratados no direito pátrio, face ao conflito entre os direitos previstos nestes e os direitos insculpidos no artigo 5º da Constituição.

O afamado expediente da prisão do depositário infiel ocupou o plenário do STF pela primeira vez em 1995, quando se considerou a sua constitucionalidade, afastando a aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos⁴⁶. O posicionamento se confirmou no ano seguinte, ecoando o entendimento de que os tratados de direitos humanos não possuíam estatura constitucional⁴⁷.

O Ministro Sepúlveda Pertence, quatro anos mais tarde, sugeriu a tese de se emprestar aos tratados de direitos humanos patamar supralegal, apesar de necessariamente infraconstitucionais⁴⁸.

⁴⁴PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 82.

⁴⁵GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 253.

⁴⁶É que enquanto a Constituição Brasileira prescreve, em seu artigo 5º, LXVII, que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”, a Convenção Americana dispõe em seu artigo 7º, 7: “ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

⁴⁷Sobre os primeiros julgamentos no STF (HC n. 72.131; HC 73.044; RE 252.748) acerca da hierarquia dos tratados: cf. GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 253-264.

⁴⁸Estudo e transcrições do Voto do Ministro Sepúlveda Pertence (RHC n. 79.785): cf. GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 264-268.

Flávia Piovesan⁴⁹ e Antônio Augusto Cançado Trindade⁵⁰ ancoraram a doutrina pelo caráter constitucional dos tratados de direitos humanos no Brasil, respaldados no argumento segundo o qual o dispositivo do artigo 5º, §2º complementar o rol de direitos e garantias fundamentais trazidos pela Constituição.

Ingo Wolfgang Sarlet contribuiu preciosamente com esse entendimento ao asseverar que o § 2º do artigo 5º “consagrou expressamente a abertura material dos direitos fundamentais no sistema constitucional nacional, agasalhando norma geral inclusiva”⁵¹, porquanto o sistema de direitos fundamentais não se estriba em um conjunto autônomo e auto-suficiente, mas o é aberto e flexível, sensível ao desenvolvimento das regras de proteção ao ser humano, pois apesar dos direitos materialmente fundamentais oriundos das normas internacionais não o serem formalmente insculpidos na Constituição, a ela materialmente se aderiram, logrando equivalente patamar hierárquico.

Luis Flávio Gomes não vê o artigo 5º, § 2º, concedendo força constitucional aos tratados de direitos humanos, só o fazendo quando estes complementam um direito fundamental já expresso na Constituição⁵².

Há quem sustente ainda o caráter supraconstitucional dos tratados. Celso de Albuquerque Mello, citado por Bandeira Galindo, acredita que dada a indivisibilidade dos direitos humanos, seriam os tratados de direitos humanos superiores à própria Constituição, no caso de consagrarem normas mais benéficas⁵³.

O artigo 5º, § 2º, da Constituição, portanto, ensejou diferentes interpretações na doutrina e jurisprudência. Apesar da completude de todas as teses esboçadas neste título, melhor razão se encontra na hierarquia constitucional dos tratados, pois o texto constitucional se afigura bastante claro acerca de seu sentido. Perfilhar outras interpretações equivale a extrair à força da Constituição entendimento anacrônico, na insistência de se divagar por teses sem uma reflexão mais profunda.

6. TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E A EMENDA À CONSTITUIÇÃO N. 45/2004 (ARTIGO 5º, § 3º).

O artigo 5º, §3º, dispõe que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

A disposição foi introduzida na Constituição com o fito de dar fim às celeumas doutrinárias que se agitavam acerca da hierarquia dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica brasileira.

A redação adotada permite que se afirme com bastante segurança que apenas os tratados de Direitos Humanos que passarem pelo crivo legislativo atinente às emendas constitucionais é que alcançarão estatura constitucional.

A tentativa de solucionar o impasse fracassou, e o dispositivo não é mais que um retalho em uma Constituição já submergida por tanta deselegância técnica em seus artigos. Bandeira Galindo, aliás, ainda quando analisava a proposta da Reforma do Judiciário, advertiu que esta poderia contribuir para uma involução no regime que os tratados de direitos humanos deveriam assumir, segundo a Constituição de 1988.⁵⁴

⁴⁹PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 82 e ss.

⁵⁰TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Constitucional. Brasília, n. 113-118, 1998, p. 89.

⁵¹SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.70 e ss.

⁵²GOMES, Luiz Flávio. A questão da obrigatoriedade dos tratados e convenções no Brasil. Revista dos Tribunais. São Paulo: v. 710, 1994, p. 21 e ss.

⁵³GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 283.

Internacionalização dos Direitos Humanos e Implicações na Ordem Constitucional Brasileira

Se, por um lado, o expediente legislativo do artigo 60, § 2º, agora também atribuído aos tratados de direitos humanos, eleva sua legitimidade democrática e maximiza sua força normativa, por outro, o patamar constitucional que eles assumem não decorre desse iter legislativo, mas sim em razão de sua natureza internacional e da matéria regulada concernente aos direitos fundamentais. Sustentar o contrário corresponde a fadar ao insucesso o fenômeno da internacionalização dos direitos humanos.

Valério Mazzuoli faz um estudo minucioso sobre a problemática da hierarquia dos tratados de direitos humanos, à luz dos preceptivos constitucionais. Para ele, os parágrafos do artigo 5º cuidam de coisas similares, mas diferentes. Por força do §2º, os tratados internacionais (não apenas os de direitos humanos) em que a República Federativa seja parte passam a deter o status de norma constitucional, ampliando o rol de direitos e garantias fundamentais. Já nos termos do §3ª, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, ratificados pelo Brasil, passam a ser equivalentes às emendas constitucionais. Assevera o autor que a única presteza do §3º, do artigo 5º, se desenlaça da diferença entre os termos status e equivalente.⁵⁵

Segundo a doutrina de Mazzuoli, a equivalência dos tratados às emendas constitucionais conferida pelo § 3º nada influencia o status que tais tratados podem ter independentemente do processo legislativo a que estão submetidos.

Dessa forma, a equivalência dos tratados às emendas nos termos do §3º significa a integração formal do tratado à Constituição, ou seja, o tratado já era materialmente constitucional, e com o rito qualificado passou a ser constitucional, também sob o aspecto formal.

Portanto, a intenção do texto constitucional é dizer que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil que já possuem status de norma constitucional, por força do §2º do artigo 5º, poderão ainda ser formalmente constitucionais, isto é, equivalentes às emendas constitucionais, desde que, a qualquer tempo, após sua entrada em vigor, sejam aprovados pelo quorum do § 3º do mesmo artigo.

Melhor mesmo que assim se interprete o texto constitucional, porque resguarda-se, pelo menos, o status constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, tendo em vista que a maioria e os mais importantes documentos internacionais que versam sobre direitos humanos já foram internalizados, e dificilmente o serão colocados na esteira do procedimento previsto no §3º, que em razão disso, pouca serventia prática deve ter.

O Supremo Tribunal Federal, contudo, reconheceu a constitucionalidade dos tratados de direitos humanos apenas quando estes forem submetidos ao processo disciplinado no §3º do artigo 5º, pois fora disso todos os demais terão valor supralegal, quer-se dizer, valem mais que a lei ordinária e menos que a Constituição⁵⁶. A tese da supralegalidade ancorada pelo Ministro Gilmar Mendes venceu por cinco votos a quatro a tese que conferia aos tratados valor constitucional, liderada na Corte pelo Ministro Celso de Mello.

Veja-se que, de acordo com o STF, todos os tratados de direitos humanos, portanto, incorporados antes da entrada em vigor do §3º, do artigo 5º, têm valor apenas supralegal. Lamentável. Disposições importantes contidas, por exemplo, no Pacto São José da Costa Rica de 1969 não poderiam ser equiparadas à norma constitucional, porque o tratado já fora ratificado pelo Decreto-Lei n. 678/92.

A decisão encampada pelo Supremo Tribunal Federal, destarte, não colheu os esforços da melhor doutrina para se dar proteção aos direitos humanos. Os tratados de direitos humanos deveriam ter valor constitucional, e na eventualidade de conflitos entre as disposições dos tratados e as disposições constitucionais, fossem aplicadas aquelas que maior benefício trouxesse ao ser humano.

Advogar a tese da constitucionalidade com as reservas da decisão do STF implica ainda na descon sideração da cláusula aberta constitucional para a consagração dos direitos fundamentais, a teor da redação

⁵⁴Ibidem, p. 305.

⁵⁵MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009, p.44.

⁵⁶SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: Plenário. RE n 466.343. Relator: Cezar Peluso. Brasília, DF, 03 dez. 08. DJ de 04.06.09.

do §2º, do artigo 5º; além de arrostar os fundamentos da internacionalização do direito.

Ora, se os direitos humanos são correspondentes em conteúdo aos direitos fundamentais, deve-se reconhecer que tais direitos são de alçada constitucional, pouco importando o crivo legislativo a ser perfilhado pelos documentos internacionais no seu processo de ratificação na ordem jurídica interna. A concepção positivista, formalista e retrógrada do §3º, do artigo 5º, não pode ter o condão de condicionar a constitucionalidade das disposições asseguradoras dos direitos humanos fundamentais ao expediente legislativo nele previsto.

Imperioso, nesse sentido, seja transcrita a lição de Giuliana Redin, ao concluir sobre o retrocesso político e jurídico trazido pelo §3º, do artigo 5º, na disciplina conferida à incorporação dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica brasileira:

[...]essa postura é contrária à tendência de um constitucionalismo internacional, que repousa no compromisso dos Estados com a prevalência dos direitos humanos. Essa tendência decorre da chamada “internacionalização dos direitos humanos”, afirmada e amplamente aceita pela comunidade internacional, como demonstram as Conferências Mundiais de Direitos Humanos de Teerã (1968) e Viena (1993). Os direitos humanos são concebidos como anteriores a qualquer organização política ou social, sendo que sua proteção não se esgota e não pode se esgotar na ação do Estado.⁵⁷

A compreensão dos direitos humanos exige nos dias hodiernos uma nova mentalidade acerca do ordenamento jurídico, uma vez que as questões afetas à dignidade da pessoa humana, antes reconhecidas no rol dos direitos fundamentais, e tratadas como tema de soberania nacional, hoje são proclamadas em caráter universal e indivisível, sofrendo ingerência internacional, não reduzidas, portanto, aos cuidados da jurisdição doméstica. Tal peculiaridade acentua a afinidade de conteúdo entre direitos fundamentais e direitos humanos, faz ruir o tradicional conceito de soberania e, por fim, torna necessário o reconhecimento do valor constitucional que as normas consagradoras de direitos humanos provenientes de tratados e convenções devem assumir no ordenamento jurídico pátrio.

7. REPERCUSSÕES PRÁTICAS: BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE E CONTROLE DE CONVENIONALIDADE DAS LEIS.

Volvendo-se à doutrina de Valério Mazzuoli, quando examina os parágrafos 2º e 3º, do artigo 5º, da Constituição, vê-se perfeitamente cabível, pelo menos do ponto de vista acadêmico, sustentar o conteúdo materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos. E realmente o são constitucionais nesse aspecto, como insistentemente se ponderou até aqui.

Deve-se reconhecer, todavia, que a inserção dos tratados e convenções de direitos humanos no bloco de constitucionalidade só se dará com o processo de internalização do tratado previsto no §3º, do artigo 5º.

José Levi Mello do Amaral Júnior aclara a temática, afirmando que:

Nessas condições, o tratado internacional funciona como lei constitucional extravagante, ou seja, legislação de nível constitucional, mas não consolidada no corpo da Constituição documental (documento normativo denominado Constituição). É o que se dá (porém no nível das normas primárias) entre o Código Penal e as leis penais extravagantes (leis penais outras, inclusive com tipos penais, não consolidadas no Código, mas que compõem com este a legislação penal brasileira).⁵⁸

⁵⁷REDIN, Giuliana. Crítica ao parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal brasileira à luz da internacionalização dos direitos humanos. Revista forense, vol. 391, maio/junho, 2007, p. 617.

⁵⁸AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Tratados internacionais e bloco de constitucionalidade. Revista Jurídica Consulex, n. 273, maio, 2008, p. 59.

Assim é que a equivalência dos tratados e convenções às emendas constitucionais representa a abertura do espectro paradigmático do controle de constitucionalidade das leis, pois as normas internacionais, apesar de não figurarem no corpo constitucional, passam também a ser parâmetro de controle, integrando o bloco de constitucionalidade.

Os tratados internacionais de direitos humanos, porém, que não forem ratificados nos termos do §3º, do artigo 5º, terão caráter supralegal, dando ensejo a um duplo controle de verticalidade no ordenamento jurídico, em face da ruptura provocada na pirâmide normativa kelseniana.

É que se as leis e atos normativos deviam antes se ajustar formal e materialmente à Constituição, sob pena de sobre eles recaírem a eiva de inconstitucionalidade, com a decisão do STF, essas mesmas espécies legislativas passam obrigatoriamente a se ajustar também às convenções e aos tratados de direitos humanos. Cuida-se do novel expediente do controle jurisdicional da convencionalidade das leis, proposto por Valerio de Oliveira Mazzuoli⁵⁹.

O que chama atenção nessa nova arquitetura hierárquica dos tratados, é que quando o são apenas de estatura supralegal, abre-se ensancha para que os tratados sofram o juízo de constitucionalidade, o que seria um absurdo, pois, como adverte Bandeira Galindo, “não há que se falar na possibilidade de tratados de Direitos Humanos serem inconstitucionais, pois se assemelham aos direitos consagrados pelo Poder Constituinte originário”⁶⁰. O máximo que poderia ocorrer seria uma colisão de direitos, e sobre isso já se ponderou que deve prevalecer a norma que melhor apraz o ser humano.

Outro ponto que não pode ser olvidado diz respeito à idéia dos tratados de direitos humanos estarem sob a égide das cláusulas pétreas. Ora, se o são considerados equivalentes às emendas constitucionais, e representam em conteúdo os direitos já consagrados na Constituição, evidentemente que nenhuma emenda superveniente poderia tentar sua abolição. O mesmo raciocínio seria desejável que se tomasse para os tratados que não percorreram o procedimento do §3º, do artigo 5º, que apesar de não se equivalerem à Constituição, possuem status Constitucional, mesmo não tendo assim se pronunciado o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 466.343/SP.

Por fim, há que se notar uma possível vantagem trazida pela disciplina de incorporação dos tratados, qual seja, a impossibilidade de se proceder à denúncia do tratado por parte do Brasil, o que prestigia a posição dos direitos “humanos fundamentais” no âmbito interno e externo, conquanto valoriza as vinculações do qual o Brasil é parte⁶¹. Do contrário, a denúncia poderia acarretar a responsabilização do denunciante. Essa prática seria inimaginável no sistema do artigo 5º, §2º.

8. CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais e os direitos humanos, em razão da afinidade substantiva que encarecem a noção de cada um, merecem hoje serem abraçados por uma só terminologia. A intersecção do conteúdo desses direitos dispensa qualquer recorte em suas definições, admitindo-se que o sejam denominados como direitos humanos fundamentais. Poderiam sê-los apenas direitos humanos ou tão-somente direitos fundamentais, mas esse aparte destituiria a idéia de que são os direitos humanos, os direitos fundamentais previstos nas Constituições. De igual modo, conceber-se-ia a recíproca, à vista de que os direitos fundamentais ostentam o mesmo conteúdo dos direitos humanos plasmados nos documentos internacionais.

A internacionalização dos direitos reforça a adoção da expressão, justificada não só pela aproximação do Direito Constitucional e do Direito Internacional, mas, sobretudo, porque a guarida que se vem dando nos planos interno e externo do Estado reportam-se exatamente ao mesmo direito – direitos huma-

⁵⁹MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009.

⁶⁰GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 304.

⁶¹CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). Leituras complementares de constitucional – direitos humanos e direitos fundamentais. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 64.

nos fundamentais – inculcado em suas regras. O diálogo das disciplinas é inevitável, abrindo-se oportunidade para a revisitação do conceito de soberania.

Os tratados de direitos humanos são espécies do Direito Positivo que, a um só tempo, são causa e consequência do fenômeno de internacionalização. Dada a internalização dos documentos internacionais na ordem jurídica, arquejou-se para a resolução de um problema fulcral atinente à hierarquia dos tratados no Direito brasileiro.

O artigo 5º, §2º, da Constituição Federal, a despeito de evidenciar em leitura conjunta ao §1º, a aplicabilidade imediata dos Tratados e o status constitucional que possuem, foi objeto de inúmeras ponderações na doutrina e na jurisprudência, prevalecendo no Supremo Tribunal Federal o entendimento segundo o qual os tratados não tinham estatura constitucional.

A Reforma do Judiciário acrescentou por força da Emenda Constitucional n. 45/2004, o § 3º ao artigo 5º. A expectativa de que a celeuma acerca da hierarquia dos tratados se findaria se frustrou, avocando-se uma vez mais o STF para dirimir a questão, por ocasião do julgamento do RE 466.343/SP.

Duas teses, consoante se demonstrou, dividiram o plenário do Tribunal, restando vitoriosa a que respaldava a suprallegalidade dos Tratados de direitos humanos, que adentraram a ordem jurídica brasileira antes da Emenda à Constituição n. 45/2004. A decisão ignora o conteúdo comum aos direitos humanos e fundamentais, e relega a estatura constitucional apenas para os tratados e convenções que forem submetidos ao crivo legislativo previsto no §3º, do art. 5º, da Constituição Federal.

Não há dúvida de que a decisão do STF chancela uma tese descabida da realidade hodierna do direito, rompendo, igualmente, com a cláusula aberta dos direitos fundamentais, a teor da redação do §2º do mesmo artigo 5º, da Constituição Federal.

Consequência disto, é que se passou a afigurar no bloco de constitucionalidade os tratados internacionais submetidos ao procedimento legislativo indicado no §3º, do artigo 5º, e também dele farão partes todos os demais tratados que forem internalizados por esse expediente.

E no que tange aos tratados já internalizados, verificou-se que, em razão da sua hierarquia suprallegal, uma nova conformação se estabeleceu na pirâmide normativa de Kelsen, estabelecendo, assim, um duplo controle de verticalidade das leis, que passaram a observar obrigatoriamente os direitos previstos nos tratados, a ser assegurado pelo controle jurisdicional de convencionalidade das leis.

REFERÊNCIAS

- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Tratados internacionais e bloco de constitucionalidade. *Revista Jurídica Consulex*, n. 273, maio, 2008.
- BARZOTTO, Luis Fernando. Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética. *Direito e Justiça*. Porto Alegre: julho, n. 1, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004.
- BODIN, Jean. *Los seis libros de la República*. Madrid: Tecnos, 2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. HC n. 73.044. Relator: Maurício Corrêa. Brasília, DF. DJ de 29.09.96.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. RE n. 252.748. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF. DJ de 30.09.99.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. RHC 79.785. Relator: Sepúlveda Pertence. Brasília, DF. DJ 22.11.02.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. HC n. 72.131. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF. DJ de 01.08.03.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE n 466.343. Relator: Cezar Peluso. Brasília, DF. DJ de 04.06.09.
- CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras complementares de constitucional – direitos humanos e direitos fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2008.

Internacionalização dos Direitos Humanos e Implicações na Ordem
Constitucional Brasileira

- CARRIÓ, Genaro R. Los derechos humanos y su proteccion. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (Coord.). Direitos humanos e democracia. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CONI, Luís Cláudio. A internacionalização do poder constituinte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.
- DELMAS-MARTY, Mireille. Por um direito comum. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- FERREIRA, Pinto. Teoria geral do estado. Rio de Janeiro: José Konfino, 1957.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos humanos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- GOMES, Luiz Flávio. A questão da obrigatoriedade dos tratados e convenções no Brasil. Revista dos Tribunais. São Paulo: v. 710, 1994.
- LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.
- MANILI, Pablo Luis. El bloque de constitucionalidade: la recepcion del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino. Buenos Aires: La Ley, 2003.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- MIRANDA, Jorge. A recepção da Declaração Universal dos Direitos do Homem pela constituição portuguesa – um fenômeno de conjugação de direito internacional e direito constitucional. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: jan./mar; v. 199, 1995.
- MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2000.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. Direitos humanos e jurisdição constitucional internacional. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. São Paulo: Janeiro/junho, n.1, 2003.
- QUEIROZ, Cristina M. M. Direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2002.
- REDIN, Giuliana. Crítica ao parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal brasileira à luz da internacionalização dos direitos humanos. Revista forense, vol. 391, maio/junho, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Hacia el nuevo derecho internacional para la persona human: manifestaciones de la humanización Del derecho internacional. Revista da facultade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte: Janeiro/junho, n.50, 2007.
- _____. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Constitucional. Brasília, n. 113-118, 1998.