



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

TAYSSA MEDEIROS BRITTO LYRA

**CONFLITO NORMATIVO DECORRENTE DA INSERÇÃO DOS
TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO
ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL PÁTRIO**

**SOUSA - PB
2007**

TAYSSA MEDEIROS BRITTO LYRA

**CONFLITO NORMATIVO DECORRENTE DA INSERÇÃO DOS
TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO
ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL PÁTRIO**

**Monografia apresentada ao Curso de
Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da
Universidade Federal de Campina
Grande, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharela em
Ciências Jurídicas e Sociais.**

Orientador: Prof.º Leonardo Figueiredo de Oliveira.

**SOUSA - PB
2007**



L992c

Lyra, Tayssa Medeiros Britto.

Conflito normativo decorrente da inserção dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento constitucional pátrio. / Tayssa Medeiros Britto Lyra. - Sousa - PB: [s.n], 2007.

77 f.

Orientador: Professor Me. Leonardo Figueiredo de Oliveira.

Monografia - Universidade Federal de Campina Grande; Centro de Formação de Professores; Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito.

1. Direito Internacional. 2. Tratados internacionais. 3. Direitos Humanos. 4. Ordenamento Constitucional Pátrio. 5. Conflito de normas. 6. Hierarquia das normas jurídicas. 7. Tratados de Direitos Humanos I. Oliveira, Leonardo Figueiredo de. II. Título.

CDU: 341.24(043.1)

Elaboração da Ficha Catalográfica:

Johnny Rodrigues Barbosa
Bibliotecário-Documentalista
CRB-15/626

Tayssa Medeiros Britto Lyra

CONFLITO NORMATIVO DECORRENTE DA INSERÇÃO DOS TRATADOS
INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO
CONSTITUCIONAL PÁTRIO

Aprovada em: 12 de Dezembro de 2007.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Leonardo Figueiredo de Oliveira - UFCG
Professor Orientador

Profª. Maria Elza de Andrade - UFCG
Banca Examinadora

Profª. Maria dos Remédios Calado - UFCG
Banca Examinadora

Dedico este trabalho a todas as pessoas que me foram tão indispensáveis e que me dedicaram tanto do seu apoio, carinho, incentivo e amor. Em especial a Deus, pois creio indiscutivelmente que "Tudo Posso Naquele Que Me Fortalece".

É com todo o meu amor que dedico a vocês essa vitória.

AGRADECIMENTOS

Tenho que agradecer primordialmente a Deus, ele é a pedra fundamental na estruturação da minha vida, guiando-me por caminhos de luz. Sempre o responsável por cada vitória conquistada, por cada obrigação cumprida e por cada bênção alcançada. Está incondicionalmente ao meu lado, sendo fiel em cada obstáculo enfrentado, me mostrando o quão grande e infinito é o seu amor.

Agradecer também a Mainha pelos inúmeros e inúmeros telefonemas de preocupação e incentivo, sempre me encorajando e apoiando no cumprimento de tão árdua tarefa, sendo um exemplo de força. Obrigada gordinha!

Infinitos agradecimentos merecem ser dados a Alysson, que foi tão companheiro, demonstrando o verdadeiro sentido da palavra amor. Terei um eterno sentimento de gratidão e carinho pelas horas e horas que me foram disponibilizadas sem um questionamento sequer.

Ainda, a Cristina e a Dorinha que foram amigas fundamentais nessa jornada, sem hesitar numa ajuda contínua. Pude encontrar em pessoas como elas o peso da solidariedade e da presteza, mesmo ao adentrar tão abruptamente em suas vidas.

Como não poderia faltar, minha família, pelo amor e atenção prestados, mesmo a distância, mas nunca ausentes. Minha tia Teta, com suas palavras de sabedoria e minha prima Andréa, com suas palavras de encorajamento.

Sou grata também a Leonardo, meu orientador, que me prestou ajuda singular, enriquecendo tudo com seu conhecimento e apaziguando tudo com sua inabalável calma, tratando a todos com tanta gentileza. Assim como todos os professores e funcionários que disponibilizaram tanto do seu tempo.

E como não poderiam faltar, as minhas amigas, que nunca, mas nunca mesmo, se fizeram tão necessárias, estando nas horas certas e com as palavras certas.

Enfim, creio que “Tudo Posso Naquele Que Me Fortalece”.

RESUMO

O mundo contemporâneo está passando por um processo abrupto de globalização, adquirindo em consequência deste processo uma necessidade de internacionalização dos direitos humanos. Esses funcionam como uma defesa *lato sensu*, uma proteção que abrange a todos os indivíduos. O estudo do direito internacional é a principal fonte na análise do processo de internacionalização dos direitos humanos, afim de solucionar os entraves no mundo jurídico quanto à questão da relação estabelecida entre as ordens jurídicas, interna e internacional. Tal tema tem relevante valor devido ao fato da constitucionalização dos tratados internacionais de direitos humanos e suas inúmeras consequências. Com isso, o presente trabalho se propõe a enfrentar, de forma clara e concisa, através do método histórico-evolutivo e da investigação exegética-teleológica nas renomadas doutrinas e no arcabouço jurisprudencial, a problemática da recepção das normas internacionais. Os tratados são o meio pelo qual sujeitos de direito internacional estipulam direitos e obrigações entre si e ao versarem sobre direitos humanos confirmam a supervalorização dada ao ser humano no cenário mundial e exteriorizada na Carta Magna através da implementação do 3º parágrafo do artigo 5º. Tal parágrafo põe os tratados internacionais de direitos humanos na mesma posição hierárquica das normas constitucionais. Ponderar-se-ão as consequências advindas da inclusão no art. 5º da CF/88, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, do § 3º, proveniente da promulgação da Emenda Constitucional nº. 45/2004, que elevou ao *status* de emenda constitucional os tratados internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, com o *quorum* (qualificado) de 3/5 dos votos dos respectivos membros. Por fim, observa-se o conflito entre as normas constitucionais e as normas equiparadas à emenda constitucional, advindas dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos. Para a solução de tal celeuma será necessária a aplicação do princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade, pois enquanto não for firmado um posicionamento ímpar em relação à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, aqueles serão os mecanismos para uma solução aplicada ao caso concreto.

Palavras-chave: Tratados Internacionais de Direitos Humanos; Hierarquia; Conflito de Normas.

ABSTRACT

The world contemporary is passing for an abrupt process of globalization, acquiring in consequence of this process a necessity of human internationalization of the right. These function as a broad defense sense, a protection that encloses to all the individuals. The study of the international law it is the main source in the analysis of the process of internationalization of the human rights, similar to solve the impediments in the legal world how much to the question of the relation established between the jurisprudences, internal and international. Such subject has excellent value due to the fact of the constitucionalization of treated international to human rights and the its innumerable consequences. With this, the present work if considers to face, of clear and concise form, through the method description-evolution and of explanation of the text in the famous doctrines and the jurisprudential sketch, the problematic one of the reception of the international norms. The treated ones are the way for which citizens of international law stipulate rights and obligations between it and when turning on human rights confirm the super valuation given to the human being in the scene world-wide and exteriorized in the Great Letter through the implementation of 3° paragraph of the article 5°. Such paragraph puts treat the international ones to human rights in the same hierarchic position of the constitutional rules. They will be pondered, still, the happened consequences of the inclusion in art. 5° of the CF/88, that deals with the rights and individual and collective duties, of § 3°, proceeding from the promulgation of the Constitutional Emendation n°. 45/2004, that it raised to the status of constitutional emendation the international treated ones on human rights that will be approved, in each house to the National Congress, in two turns, with the quorum (qualified) of 3/5 of the votes of the respective members. Finally, the conflict between the constitutional rules and the norms equalized to the constitutional emendation is observed, happened of the international treated ones that turn on human rights. For the solution of such divergence will be necessary the application of the principle of the proportionality and the principle of the reasonable, therefore while an uneven positioning in relation to the hierarchy of the international treated ones to human rights will not be firmed, those will be the mechanisms for a solution applied to the case concrete.

Keywords: Treated International to Human Rights; Hierarchy; Conflict of Norms.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO 1 DOS TRATADOS INTERNACIONAIS.....	11
1.1 Conceito amplo de tratados internacionais.....	11
1.2 Origem e evolução histórica dos tratados internacionais.....	13
1.3 Diversas classificações para os tratados internacionais.....	15
1.4 Efeitos jurídicos dos tratados internacionais.....	16
1.5 Dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.....	17
1.5.1 Conceito e aspectos históricos dos tratados internacionais de direitos humanos ...	19
1.5.2 Integração, eficácia e aplicabilidade do direito internacional dos direitos humanos no direito interno Brasileiro.....	22
CAPÍTULO 2 HIERARQUIA DAS NORMAS JURÍDICAS.....	27
2.1 A supremacia das normas constitucionais.....	29
2.2 Correlações entre a rigidez constitucional e o princípio da supremacia constitucional.....	32
2.3 A supremacia da Constituição de 1988.....	33
2.3.1 Hierarquia entre as leis federais, estaduais e municipais.....	34
2.3.2 Posição hierárquica da Constituição Estadual frente às leis estaduais e municipais.....	35
2.3.3 Posição hierárquica da lei orgânica municipal frente às leis municipais.....	36
2.3.4 Hierarquia entre a lei complementar e a lei ordinária.....	37
2.4 Posição dos tratados internacionais na hierarquia jurídica.....	40
2.4.1 Sistema de incorporação dos tratados envolvendo matéria ordinária à ordem jurídica interna.....	40
2.4.2 Sistema de incorporação dos tratados relativos a direitos humanos à ordem jurídica interna.....	44
2.4.2.1 Reflexos da criação do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal.....	51
2.4.2.2 Reflexos da criação do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal.....	55
CAPÍTULO 3 CONFLITO ENTRE NORMAS CONSTITUCIONAIS E NORMAS ADVINDAS DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS.....	58
3.1 Ingresso dos tratados internacionais de Direitos Humanos no bloco de constitucionalidade.....	59
3.2 Tratados de Direitos Humanos como “cláusulas pétreas” constitucionais.....	62
3.3 Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição Brasileira de 1988.....	64
3.4 A Constituição de 1988 e a institucionalização dos Direitos e Garantias Fundamentais.....	66
3.5 Princípio da razoabilidade e princípio da proporcionalidade como solucionadores do conflito entre normas.....	71
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	73
REFERÊNCIAS.....	75

INTRODUÇÃO

A definição do que sejam direitos humanos, aponta uma pluralidade de significados, entretanto a concepção contemporânea, trazida pela Declaração Universal de 1948, fundada na universalidade - indivisibilidade é a que importa ao nosso estudo. Universal porque a condição da 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 a igualdade e nem tampouco há verdadeira igualdade sem liberdade.

A internacionalização da proteção dos direitos humanos, consubstanciada em inúmeros tratados, foi fruto de lento e gradual processo, sendo o marco mais relevante, as barbaridades ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial.

Assim, não importa mais qual o processo de formação dos tratados nos Estados, tornando inócua a discussão sobre o momento em que os tratados adquirem força executória no país ou se aplica a teoria monista ou dualista, importando, no entanto, que se aplique a norma mais favorável à vítima que sofre abuso em seus direitos humanos. Porém, a aplicação, pura e simples, da norma mais favorável à vítima, nem sempre é possível ou fácil, desta forma, devemos analisar o ordenamento jurídico brasileiro para então encontrarmos uma forma de conciliar essa aplicação, sem, contudo, torná-la inconstitucional.

Para tanto, analisaremos o surgimento do Direito Internacional de Proteção aos Direitos, a partir da noção jurídica dos direitos humanos, o desenvolvimento do constitucionalismo e todos os principais movimentos que levaram à internacionalização dos direitos humanos, através de tratados.

A presente pesquisa, pautada no método exegético jurídico e teleológico, embasado na análise da doutrina pátria e alienígena e do direito comparado, bem como de periódicos e

jurisprudência, além do método histórico, se propõe a enfrentar a problemática da recepção dos tratados internacionais na ordem interna, bem como a posição hierárquica que os mesmos assumem com relação ao direito nacional antes e depois do advento da Emenda Constitucional nº. 45/04, que acrescentou um novo parágrafo ao artigo 5º, elevando ao *status* de emenda constitucional os tratados e convenções internacionais de direitos humanos que passarem pelo procedimento de aprovação das emendas constitucionais.

No capítulo inicial será analisado o conceito e as primordiais características vinculadas aos tratados internacionais, arrazoando acerca dos tratados internacionais de direitos humanos, visto que os mesmos ocupam papel de fundamental importância nesta pesquisa e abordando seu conceito e histórico, assim como, integração, eficácia e aplicabilidade do direito internacional dos direitos humanos no direito interno brasileiro.

Em seguida, a pesquisa centrar-se-á na hierarquia das normas jurídicas, enfatizando a supremacia das normas constitucionais e sua posição hierárquica em relação às demais leis vigentes. Nessa esteira, versará o capítulo acerca do sistema de incorporação dos tratados envolvendo matéria ordinária e os relativos a direitos humanos, assim como os reflexos oriundos da criação dos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição Federal.

Por fim, nesse último capítulo, tendo em vista o principal objetivo da pesquisa, abordar-se-á algumas conseqüências surgidas com a implementação do novel parágrafo, propondo soluções às indagações que pairam no mundo acadêmico e doutrinário. Após a constitucionalização das normas dos tratados que versam sobre direitos humanos e diante de uma ordem hierárquica surge o questionamento referente ao conflito entre as normas aplicadas ao caso concreto. O derradeiro capítulo fará alusão ao bloco de constitucionalidade e as cláusulas pétreas e utiliza os princípios da proporcionalidade e razoabilidade como solucionadores do referido conflito.

Desta maneira, serão fornecidos elementos necessários ao entendimento da seara dos direitos humanos internacionais na sociedade contemporânea, sobretudo, o tratamento jurídico dispensado aos mesmos no ordenamento jurídico brasileiro.

CAPÍTULO 1 DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

A globalização é um dos processos de aprofundamento da integração econômica, social, cultural e política. As principais características da globalização são a homogeneização dos centros urbanos, a expansão das corporações para regiões fora de seus núcleos geopolíticos, a revolução tecnológica nas comunicações e na eletrônica, a reorganização geopolítica do mundo em blocos comerciais (não mais ideológicos), a hibridização entre culturas populares locais e uma cultura de massa universal, entre outros. O mundo contemporâneo está cada vez mais globalizado, isto faz com que surja a necessidade crescente de uma maior uniformização das leis, diante deste contexto surgem os tratados, também conhecidos como convenções internacionais, estes tratados significam um acordo concluído entre Estados que deverá ter forma escrita e ser regulado pelo Direito Internacional.

A tendência dos tratados internacionais é de se multiplicarem cada vez mais devido ao desenvolvimento das relações internacionais e a dependência que se forma entre os Estados. Os mais numerosos são os tratados especiais, pois, regulam situações especiais ou particulares de interesse direto das partes contratantes, com o intuito de uma melhor abordagem acerca do tema, inicialmente, neste capítulo trataremos conceituações e explicações introdutórias sobre os tratados e suas características relevantes.

1.1 Conceito amplo de tratados internacionais

O tratado internacional é um acordo resultante da convergência das vontades de dois ou mais sujeitos de direito internacional, formalizada num texto escrito, com o objetivo de

produzir efeitos jurídicos no plano internacional. Em outras palavras, o tratado é um meio pelo qual sujeitos de direito internacional – principalmente os Estados nacionais e as organizações internacionais – estipulam direitos e obrigações entre si.

A Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados foi um importante instrumento no caminho da codificação do Direito Internacional Público, tendo ficado conhecido como “Código dos Tratados”, em relevância à sua importância no cenário mundial.

Ficou então, disposto no texto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados em seu artigo 2º, § 1º, “a”, que os tratados são: “um acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação particular”

Trata-se, portanto, de um acordo formal concluído entre os sujeitos de Direito Internacional Público, regido pelo direito das gentes, visando a produzir imprescindivelmente, efeitos jurídicos para as partes contratantes.

Primando por uma definição completa e precisa Beviláqua (*apud* MAZZUOLI, 2004, p. 1):

Tratado Internacional é um ato jurídico, em que dois ou mais Estados concordam sobre a criação, modificação ou extinção de algum direito [...] a definição acima exposta abrange todos os atos jurídicos bilaterais ou multilaterais do direito público internacional que realmente podem ser designados pela denominação geral de tratados, mas que recebem, na prática e nos livros de doutrina, qualificações diversas.

A prática internacional registra o uso livre dos diversos sinônimos da palavra “tratado” – convenção, acordo, protocolo etc. A rigor, do ponto de vista jurídico, tais nomes importam pouco e não são aplicados de maneira coerente. Existe, porém, em alguns casos, o hábito, nem sempre seguido, de se atribuir a certos tratados nomes específicos. Os Estados e

as organizações internacionais (e outros sujeitos de direito internacional) que celebram um determinado tratado são chamados “Partes Contratantes” (ou simplesmente “Partes”) a este tratado.

Os tratados assentam-se sobre princípios costumeiros bem consolidados e, desde o século XX, em normas escritas, especialmente a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (CVDT), de 1969. Dentre estes princípios, destacam-se o princípio lógico-jurídico *pacta sunt servanda* (em latim, literalmente, “os acordos devem ser cumpridos”) e o princípio do cumprimento de boa fé, ambos presentes no costume internacional e no artigo 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Outra Convenção de Viena, de 1986, regula o direito dos tratados celebrados entre Estados e organizações internacionais, e entre estas.

1.2 Origem e evolução histórica dos tratados internacionais

A maioria dos juristas reconhece a existência de um Direito Internacional apenas a partir da Paz de Vestfália (1648), que é o marco histórico do Estado-nação moderno, não obstante, é inegável as relações exteriores mantidas pelos povos da Antigüidade, principalmente através do comércio.

O mais antigo tratado celebrado é dado pelos historiadores como o de Umma e Lagash, cidades da Mesopotâmia, relativo à fronteira comum. Porém, o tratado de Kadesh é o mais conhecido da Antigüidade remota, foi concluído entre Hatusil III dos hititas e Ramsés II do Egito no século XIII a.C. A semelhança à Antigüidade remota aos gregos que praticavam e reconheciam os institutos da inviolabilidade dos embaixadores, do recurso à arbitragem, do respeito aos tratados, dentre outros.

É entendido pela maioria dos juristas que a Roma Antiga em quase toda a sua história não se considerava sujeita a um Direito Internacional distinto do seu direito interno, o que reflete o predomínio da chamada Pax romana. O *Ius gentium*, apontado como indício de um Direito Internacional romano, era na verdade um direito romano aplicado a estrangeiros por um magistrado romano, o pretor peregrino.

Na Idade Média a principal influência no desenvolvimento do Direito Internacional foi a Igreja. Um chefe de Estado só poderia ser liberado de um tratado com a autorização papal. Com a influência da igreja deu-se a humanização da guerra, principalmente atinente a três pontos: a Paz de Deus (introduzindo a distinção entre beligerantes e não-beligerantes, protegendo as colheitas, os camponeses, viajantes e às mulheres); a Trégua de Deus (os combates deveriam ser suspensos nos dias santos e domingos); e a noção de guerra justa, desenvolvida principalmente por Santo Ambrósio, Santo Agostinho e São Tomás de Aquino. O Príncipe poderia declarar se a guerra era justa, quando a mesma tivesse por causa a violação de um direito e pretendesse reparar um mal.

Os tratados medievais eram garantidos com a troca de reféns, sendo que a primeira missão diplomática de caráter permanente foi estabelecida por Milão junto ao governo de Florença, no final da Idade Média. O Direito Internacional, como é conhecido atualmente, nasceu neste período da história, conhecido como idade medieval. As noções de Estado nacional e de soberania estatal surgem nesta época, conceitos consolidados pela Paz de Vestfália. A vaga hierarquia internacional baseada na religião foi abandonada pelos estados. Estes não mais reconheceriam nenhum outro poder acima de si próprios. A Europa começou a adotar a idéia de que a cada nação corresponderia um Estado.

A Revolução Francesa inaugurou a idade contemporânea. O conceito de nacionalidade foi reforçado, vindo posteriormente a orientar as unificações italiana e alemã no século XIX. O Direito Internacional teve um grande impulso com o Congresso de Viena, que

encerrou a era napoleônica. A decorrência foi o norteamento para a internacionalização dos grandes rios europeus, o reconhecimento da neutralidade perpétua da Suíça e classificação para os agentes diplomáticos.

O florescimento do Direito Internacional moderno deu-se no século XIX, com o surgimento e criação dos primeiros organismos internacionais, tais como a proclamação da Doutrina Monroe e a primeira das Convenções de Genebra, entre outras iniciativas. O neo-imperialismo europeu na África foi organizado pela conferência de Berlim de 1885.

A consolidação do Direito Internacional moderno só ocorreu no século XX com a criação da Sociedade das Nações, e posteriormente, da Organização das Nações Unidas, o trabalho de codificação do Direito Internacional e a gama de tratados decorrentes do intenso intercâmbio internacional atual.

1.3 Diversas classificações para os tratados internacionais

Há diversos sistemas de classificação dos tratados, em geral matéria mais útil ao ensino jurídico do que à prática.

Quanto ao número de partes, os tratados podem ser bilaterais (duas Partes) ou multilaterais (mais de duas Partes). Alguns juristas distinguem, ainda, os tratados plurilaterais (mais de duas Partes), reservando o termo “multilateral” ao tratado com grande número de Partes.

Quanto à natureza do objeto, alguns juristas classificam os tratados em normativos e contratuais, segundo produzam norma de conduta para as Partes (“tratado-lei”) ou apenas resultem num negócio jurídico (“tratados-contrato”). Outros negam validade a este tipo de distinção.

Quanto ao procedimento, os juristas distinguem os tratados em sentido estrito dos acordos em forma simplificada. Aqueles apresentam mais de uma fase entre a assinatura e a ratificação; estes têm apenas uma fase – a assinatura já torna o tratado obrigatório. O acordo em forma simplificada não se confunde, necessariamente, com o chamado acordo executivo. Este último existe em certos países cujas ordens constitucionais outorgam ao Poder Executivo a autorização para celebrar – e vincular-se a – tratados sobre determinados assuntos sem necessidade de consulta ao Legislativo. Um mesmo tratado pode ser considerado por uma das Partes como um acordo executivo, isto é, sem necessidade de submetê-lo ao Legislativo daquele país e pela outra como um acordo *stricto sensu* (sua ordem constitucional exige a apreciação legislativa prévia à ratificação).

Um tratado em forma simplificada pode não ser acordo executivo - por hipótese, certo país obtém a aprovação legislativa e, depois, procede à assinatura do tratado, declarando-a vinculante para si próprio. Há, ali, apenas uma fase entre a assinatura e a vinculação jurídica, razão pela qual o tratado é de forma simplificada, mesmo que tenha ocorrido a apreciação legislativa.

1.4 Efeitos jurídicos dos tratados internacionais

É ponto pacífico que *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* (tratados não beneficiam nem prejudicam terceiros). Esse princípio já foi consagrado na Corte Permanente de Justiça Internacional, quando do julgamento da questão relativa a certos interesses alemães na Alta Silésia polonesa. Na época, reconheceu a Corte que “um tratado só faz lei entre os Estados que nele são partes”. E a doutrina segue essa orientação.

Para os Estados estranhos ao Tratado, este é uma *res inter alios acta*, ou seja, os atos dos contratantes não aproveitam nem prejudicam a terceiros.

1.5 Dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos

Para que se possa entender a maneira pela qual a Constituição Federal de 1988 disciplina o tratamento dispensado aos tratados que versam sobre direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, faz-se necessário à compreensão do que, na realidade, significa os direitos humanos.

Contemporaneamente, as expressões "direitos fundamentais" e "direitos humanos" vêm sendo empregadas como se sinônimas fossem, sendo a primeira preferida pelos estudiosos do Direito Internacional e a segunda pelos constitucionalistas. Contudo, é necessário perceber a diferença semântica aí presente. Nota-a Canotilho (1998, p. 387):

Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jus naturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancaríamos da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

A par dos interessantes desdobramentos e classificações exibidos pela doutrina especializada, para efeito de estudo, cumpre-se, sobretudo, saber o que se deve entender por

"direitos humanos" para que se compreenda o que pode ou não alcançar altivez constitucional por meio do novo parágrafo 3º do art. 5º do Diploma Maior.

Segundo Flávia Piovesan (2004, p. 45):

o que caracteriza o direito do homem e permite sua identificação é sua universalidade e sua indivisibilidade. Universal é o direito do homem porque deve abranger, necessariamente, todos os seres humanos; indivisível, porque já básico, não podendo ser reduzido a módulo inferior.

Apesar de a universalidade estar no núcleo do conceito histórico da expressão, vem ela sendo posta em dúvida em razão das diferenças culturais e morais entre os povos. A indivisibilidade muito mais está sendo criticada, em razão da onda mundial atual de relativização dos direitos sociais que se entendem como humanos e fundamentais de segunda geração, como aponta a mesma autora antes citada.

Caminho mais adequado parece ser a compreensão das normas de direitos humanos como aquelas necessárias à garantia da vivência digna, do desenvolvimento e da continuidade existencial dos seres humanos e da humanidade. Pela proteção desta – a humanidade –, entende-se a tutela das gerações futuras e também a garantia de perpetuidade dos valores, dos conhecimentos, das obras e das culturas humanas. Ver-se, assim, os direitos humanos como os básicos, necessários e de interesse comum de todos os seres do globo e que representam os fins legitimadores não só do Estado, mas de toda organização humana: a busca da coexistência entre os homens, da liberdade possível dos indivíduos, do desenvolvimento pessoal e coletivo, do respeito à dignidade de cada um, da perpetuação da espécie e dos valores humanos.

1.5.1 Conceito e aspectos históricos dos tratados internacionais de direitos humanos

Após a Segunda Guerra Mundial, o número de conflitos regionais e conseqüentemente o aumento dos crimes condenados internacionalmente fez renascer a preocupação mundial de evitá-los através de um Tribunal Internacional permanente, “capaz de aplicar o direito internacional aos acusados de cometerem tais crimes, evitando-se assim a impunidade e a seletividade dos mesmos” (RAMOS, 2000, p. 246). Com isso, em julho de 1998, foi então criado o Tribunal Penal Internacional, através da aprovação do Estatuto de Roma na Conferência Diplomática das Nações Unidas de Plenipotenciários, reunidos na sede da FAO (Food and Agriculture Organization) em Roma.

Através do referido Estatuto, foram estabelecidas as regras materiais, processuais, de organização interna, as regras do Ministério Público, bem como a competência e as penas aplicáveis aos casos julgados pelo futuro Tribunal. Todas essas regras, convergiram para um único ponto, a investigação e a punição dos responsáveis pelas violações aos direitos humanos, devendo o Tribunal ser encarado como um tratado internacional de direitos humanos, por combater as atrocidades cometidas contra estes direitos.

Os tratados internacionais de direitos humanos nasceram como uma resposta dos Estados as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial; a partir de então normas foram criadas com o intuito de prevenir que as antigas violações não mais ocorram. O comportamento acima adotado provocou um processo de relativização da soberania absoluta dos Estados, pois passou-se a permitir formas de monitoramento e responsabilização internacional, quando os direitos humanos forem violados. O Tribunal Penal Internacional, como tratado internacional de direitos humanos, possui todos os seus mecanismos de atuação voltados para que os referidos direitos sejam respeitados.

O Brasil, segundo Janice Cláudia Freire Sant'ana (2002, p. 254), “esteve afastado de uma participação relevante no tratamento internacional de direitos humanos, sendo signatário, até então, de um número reduzido de instrumentos internacionais relacionados à temática, principalmente durante o período militar”.

Somente após o fim da ditadura, através da promulgação da Constituição da República de 1988, que o país começou a adotar medidas internacionais de proteção aos direitos humanos. Atualmente, o país é signatário de diversos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, dentre eles se encontra a Convenção Americana de Direitos Humanos e mais recentemente o Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional.

Pode-se verificar em análise à Constituição brasileira, que a mesma faz diversas referências, em seu texto normativo, aos direitos humanos. No artigo 1º, III, da CF, observa-se que o Brasil constitui-se em Estado democrático de direito, tendo dentre os seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana e na seqüência o artigo 4º, II, da CF dispõe que nas relações internacionais, o país deverá reger-se pelo princípio da prevalência dos direitos humanos. Ademais, não pode-se deixar de mencionar o artigo 5º da CF que versa sobre os direitos fundamentais, cujo objetivo é a proteção dos direitos individuais e coletivos da pessoa humana, protegendo-a de lesões ou violações.

As inovações acima relacionadas são formas fundamentais para que o país viesse a ratificar os diversos instrumentos de proteção dos direitos humanos já existentes. Esta atitude, segundo Flávia Piovesan (1999, p. 128): “simbolizou o aceite do Brasil para com a idéia contemporânea de globalização dos direitos humanos, bem como para com a idéia da legitimidade das preocupações da comunidade internacional no tocante a matéria”. Em relação ao Estatuto de Roma, considerado um tratado internacional de proteção aos direitos humanos, o Brasil aprovou-o através do Decreto Legislativo nº 112, de 07 de junho de 2002,

tendo sido promulgado pelo Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, e depositando o respectivo instrumento de adesão no dia 1º de setembro de 2002.

Apesar de ter aderido ao Estatuto, o Estado brasileiro, como muitos outros durante a Conferência de Roma, suscitou a possibilidade de haver algum tipo de incompatibilidade entre o texto do referido Estatuto e o ordenamento jurídico nacional. No entanto, segundo Flávia Piovesan (2002, p. 2), o nosso ordenamento jurídico é compatível com o Estatuto de Roma por pelo menos três razões:

a) o Estatuto adota regras de direito material em parte já reconhecidas em outros tratados internacionais ratificados pelo Brasil, como é o caso da Convenção Americana de Direitos Humanos; b) estabelece ainda um mecanismo internacional de proteção a direitos humanos parecido com o da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja jurisdição já foi reconhecida pelo nosso país; c) e a própria Constituição Federal, no artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, explicita que o Brasil propugnará pela formação de um Tribunal Internacional de direitos humanos.

Por essas razões, pode-se concluir que não há qualquer óbice constitucional quanto à aceitação da jurisdição do Tribunal Penal Internacional pelo Estado brasileiro. No entanto, para que o Estatuto venha a ter uma efetiva aplicação, será necessário que se faça uma Lei para implementar as normas nele contidas, estabelecendo procedimentos que permitam que o Estado brasileiro responda a todas as formas de cooperação exigidas pelo artigo 88 do referido documento. Segundo informações obtidas no site do Ministério da Justiça, o Brasil já possui um anteprojeto de lei, coordenado pelo professor Tarciso Dal Maso Jardim.

1.5.2 Integração, eficácia e aplicabilidade do direito internacional dos direitos humanos no direito interno Brasileiro.

Passa-se 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 Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993, (MAZZUOLI, 2004, p. 02) 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 eqüitativa, 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, e acompanhada pelos demais instrumentos que lhe seguiram (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.

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 (2000, p.260) "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.

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. 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 (por exemplo, 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 “Pacto Internacional dos direitos Humanos” (international bill of human rights), abrange também os instrumentos de proteção regional, aqueles pertencentes aos sistemas europeu, americano, asiático e africano (por exemplo, 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. 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 internacional, 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. 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 iguados 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, que de resto já foi, ainda que brevemente estudada, tem, como já se viu, dispositivo expresso 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 06 de março de 1945 dispõem 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 artigos 9 e 10, repete os dizeres dos art. 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" (art. 3º), o que significa reconhecer o primado do direito internacional como limitador do exercício das competências do Estado.

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.

Após as inovações surgidas em relação aos tratados internacionais de direitos humanos, uma nova perspectiva será relacionada de acordo com a sua posição hierárquica, assim como os reflexos surgidos no mundo jurídico após a implementação do parágrafo 3º da CF.

Há de se destacar, como será visto adiante, que a Constituição, seguindo uma tendência do constitucionalismo contemporâneo, procurou igualar hierarquicamente os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos às normas constitucionais. A presente pesquisa fará uma análise da posição hierárquica das normas jurídicas e a implementação dos parágrafos 2º e 3º no rol dos direitos e garantias individuais expostos no artigo 5º da Constituição Federal.

CAPÍTULO 2 HIERARQUIA DAS NORMAS JURÍDICAS

O ordenamento jurídico representa todo um sistema ordenado, harmônico e hierarquizado de normas que regulam a conduta jurídica das pessoas enquanto seres integrados em uma dada sociedade. Sua concreção encontra-se determinada pelo grau de aceitação que suas normas conseguem no seio do corpo social, bem como na força dos instrumentos postos pelo próprio ordenamento jurídico para sua efetivação real.

O ordenamento jurídico não surge do nada. Constitui sim a condensação das normas sociais que são consideradas mais fundamentais para a preservação da sociedade, produzindo o grau máximo de intervenção da sociedade na conduta individual. Tanto o seu surgimento como o seu processo de concretização sofrem a influência do meio ambiente sócio-político, bem como do curso impiedoso das necessidades históricas e econômicas que impelem o homem para sua evolução.

O ordenamento jurídico, como se sabe, é um sistema hierárquico de normas, na clássica formulação de Hans Kelsen. Estaria, assim, escalonado com normas de diferentes valores, ocupando cada norma uma posição intersistemática, formando um todo harmônico, com interdependência de funções e diferentes níveis normativos de forma que, segundo Kelsen (1995, p. 248): “uma norma para ser válida é preciso que busque seu fundamento de validade em uma norma superior, e assim por diante, de tal forma que todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa”. É a famosa teoria da construção escalonada das normas jurídicas (*stufentheorie*).

A função legislativa, a que corresponde a produção das leis, é exercida nos Estados modernos por três poderes, ou órgãos; o poder constituinte, o legislativo e o regulamentar. O poder constituinte constrói os fundamentos da organização política; o poder legislativo

estrutura o direito público e privado, dentro das raias traçadas pelo poder constituinte; o poder regulamentar organiza os serviços públicos e dita normas para a execução das leis.

Na prática, a atividade desses poderes se entrecruza, de modo que o constituinte quase invade o campo do legislativo e este, por seu lado, ultrapassa as fronteiras do poder regulamentar; enquanto isso, muitas matérias da competência do constituinte são por ele deixadas à debilitação do legislativo, ao mesmo passo que este delega atribuições suas ao poder regulamentar. Em qualquer caso, porém, o poder superior tem sempre uma função determinante, ou delegante quanto ao poder inferior; e este fica sempre subordinado as determinações daquele. Há, assim, uma perfeita hierarquia entre esses poderes, hierarquia que se reflete na obra legislativa por eles realizada. A legislação, conjunto de normas de direito objetivo, que forma o núcleo da ordem jurídica, é constituída de leis constitucionais, leis ordinárias, decretos e regulamentos.

As leis constitucionais vêm em primeiro lugar, na ordem hierárquica; elas lançam as bases da organização política e traçam os princípios fundamentais da ordem jurídica. A lei básica e mais importante para a organização da sociedade é a Constituição, também chamada de Carta Magna, Lei Fundamental, Lei Magna, Lei Máxima, Carta Fundamental, Código Político, Carta Política ou simplesmente “Carta” do país. As leis ordinárias ocupam o segundo lugar; o seu objeto é organizar a ordem jurídica, dentre dos limites traçados pelas leis constitucionais. O decreto é o ato de comando dos Poderes Públicos. Usa-se, em sentido amplo, falar de “decreto executivo”, “decreto legislativo” e “decreto judiciário”, significando determinações, resoluções, provimentos e decisões desses Poderes. No sentido estrito, porém, decreto é o ato através do qual o chefe do Executivo, assistido pelo respectivo ministro, estabelece prescrições para o cumprimento da lei. O decreto pode-se dizer, põe em vigor a lei, completando-a e criando condições para sua exequibilidade. Os “regulamentos” instruem sobre a aplicação da lei e são postos em vigor por decreto.

Assim, nessa hierarquia, temos, no nosso país; no topo, a Constituição Federal, e, a seguir: leis complementares federais, leis ordinárias federais, decretos, regulamentos e resoluções federais, ou seja, a legislação federal. Tendo por base o mesmo liame hierárquico, logo depois da legislação federal vêm as Constituições estaduais e a legislação estadual. E, por fim, a legislação municipal.

2.1 A supremacia das normas constitucionais

Com o advento, no século XVIII, de um movimento revolucionário mais tarde denominado *Constitucionalismo*, criou-se uma situação favorável para o surgimento de um novo referencial concreto do poder soberano do Estado, em vez do clássico *l'État c'est moi* (o estado sou eu) do Rei Luís XIV, o advento do texto constitucional. O rei teocrático do *Ancien Regime* (antigo regime) é substituído por uma Constituição escrita. Toda autoridade agora somente nela encontra fundamento, o poder soberano deixa de ser personalizado, nenhuma pessoa (física ou jurídica, de direito público ou privado) encarna a soberania, todos os súditos do Estado ficam limitados, expressa ou tacitamente, pelas normas constitucionais. É o texto constitucional que passa a estabelecer “o que cabe a quem fazer o quê”, ou seja, a repartir competências entre as diversas pessoas que compõem o conceito de Estado Contemporâneo.

A Constituição representa a norma fundamental do ordenamento jurídico. Fundamental porque através dela a sociedade juridiciza suas opções político-ideológicas num dado momento histórico, mediante a delimitação das estruturas essenciais do Poder Político e, determinando, o que a sociedade entende por indispensável para a existência humana e da própria coletividade. Instituída a Constituição, o ordenamento jurídico toma forma e pode ser vivificado. Os rumos tomados e consolidados na norma fundamental viabilizam a construção

de uma dada ordem jurídica, procurando estabelecer um sistema hierarquizado e coerente para a edição e concretização da norma jurídica.

As Constituições retiram do seu próprio conteúdo uma supremacia que se manifesta na suprallegalidade das suas regras e princípios e na imutabilidade relativa dos seus preceitos, assim dotados de uma superioridade concreta na própria vida social. Vale dizer, as normas constitucionais são dotadas de preeminência, de supremacia em relação às demais leis e atos normativos integrantes do ordenamento jurídico estatal. Daí o princípio da supremacia da Constituição.

A hermenêutica constitucional não pode ser realizada segundo os mesmos critérios da hermenêutica tradicional. Ela está submetida a princípios que lhe são específicos e que devem orientar o jurista na concretização do texto constitucional. O princípio da supremacia da Constituição define que a Constituição guarda os fundamentos e diretrizes constitucionais, sistematizados em normas constitucionais (princípios e regras constitucionais), que devem gozar de total supremacia quando confrontados com os fundamentos e diretrizes infraconstitucionais, ordenados em normas infraconstitucionais ou mesmo, a valores estranhos ao sistema jurídico como um todo. Esse princípio, também denominado de princípio da constitucionalidade, sem dúvida se destaca como o mais importante de todos no orçamento jurídico, sendo que sua ausência e mesmo sua ofensa implicam a própria subversão ou mesmo rompimento da Ordem Constitucional em vigor.

A Constituição é a base de todo o ordenamento jurídico brasileiro, visto que adota-se, no Brasil, o sistema piramidal das normas jurídicas, difundido pelo jurista Hans Kelsen (1994, p. 247), baluarte do positivismo no século passado. Tal afirmação implica a aceitação da existência de uma verdadeira supremacia da norma constitucional sobre as demais emanções legislativas. Daí infere-se que todas as normas integrantes do ordenamento jurídico devem guardar consonância com as regras preconizadas pela Carta Magna. Tais definições levam à

conclusão de que existe um sistema escalonado das normas jurídicas, no qual o vértice é representado pela Constituição.

A Lei Maior representa, portanto, verdadeiro fundamento de validade das demais normas, que só possuem eficácia e aplicabilidade se respeitar os limites impostos pela Constituição. Inaceitável seria, para o Estado Constitucional, a vigência de regramentos que se contrapusessem aos ditames supralegais.

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta.

A Constituição tem supremacia hierárquica sobre os demais subsistemas que compõem o ordenamento, funcionando como fundamento de pertinência e critério de validade dos subsistemas infraconstitucionais. Pode-se defini-la, conforme a terminologia tradicional, como o complexo normativo superior de determinado sistema jurídico estatal, sendo, portanto, o último fundamento e critério positivo vigente de pertinência e validade das demais normas integrantes deste sistema.

A professora Maria Helena Diniz (1992, p. 13), trata com propriedade o assunto em foco:

A norma constitucional é dotada de supremacia por ser ela norma-origem, por não existir outra acima dela. Inegável é a sua supremacia em relação às demais normas da ordenação jurídica, desde que reconhecida pelo destinatário (Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário), que cumprirá, ou não, as suas disposições e, também, no sentido sócio-político, pelo povo, titular do poder constituinte, exercendo, ou não, o direito à desobediência civil ou de resistência, visto que a Constituição deve manifestar a emergência das forças políticas ou sociais dentro da sociedade, sendo,

portanto, politicamente, decorrente de uma decisão política fundamental, identificando-se com o conteúdo político-social, considerado como ideal.

2.2 Correlações entre a rigidez constitucional e o princípio da supremacia constitucional

A nossa Carta Magna é classificada como uma Constituição rígida. Tidas por rígidas são aquelas somente suscetíveis de mudança por intermédio de um processo solene e complicado, bem mais específico e rigoroso do que aquele utilizado para modificar as leis em geral.

Da rigidez constitucional emana como consequência indispensável o princípio da sua supremacia. A constituição se aloja no vértice da pirâmide jurídica, encontrando-se nela as normas fundamentais do Estado, decorrendo logicamente sua superioridade em relação às demais. O princípio da supremacia constitucional reflete-se quando o Diploma Constitucional serve de caminho indicativo para todo o sistema infraconstitucional, tanto no plano formal, quanto no material.

A partir do princípio da supremacia da Constituição, não pode perdurar nenhuma incompatibilidade de norma hierarquicamente inferior com o estabelecido no texto da Carta Magna sob pena de exclusão da norma incompatível do mundo jurídico.

Discorrendo sobre o tema, José Afonso da Silva (2004, p. 44), em aguda síntese, dispõe que: “A rigidez constitucional decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. Da rigidez emana, como primordial consequência, o princípio da supremacia da constituição”

A supremacia da norma constitucional justifica-se, ainda, pelo fato de que a Norma Cume possui aspectos procedimentais e metodológicos específicos, de forma a dificultar a sua alteração e embasar toda a produção legiferante no ordenamento pátrio. Existem, do mesmo

modo, limitações à possibilidade de alteração dos mandamentos constitucionais, limites estes que devem ser respeitados pelo Poder Constituinte Derivado, também chamado de Poder Constituinte Reformador, ao serem criadas as emendas constitucionais.

Nesta linha de raciocínio, corrobora os escritos do professor José Afonso da Silva (1998, p. 42):

É, pois, do consenso geral da doutrina que as 'regras constitucionais são dotadas de uma superioridade evidente com respeito às demais normas jurídicas da coletividade estatal'. Superioridade que é corolário da rigidez da constituição, conceituada como imutabilidade relativa ou estabilidade das regras constitucionais.

2.3 A supremacia da Constituição de 1988

Na Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, encontram-se as normas constitucionais, que são constituídas por normas jurídicas (escritas) e por princípios jurídicos (implícitos ou explícitos). É o regramento jurídico superior e básico, devendo, todas as demais normas observarem os ditames da lei constitucional. A Constituição pode sofrer alterações mediante a aprovação de Emendas Constitucionais (EC) pela Câmara e o Senado Federal.

Segundo o jurista Marcelo Novelino (2007, p. 27):

A Constituição é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. É o fundamento de validade último de todas as normas jurídicas, por conferir os

poderes governamentais e impor os seus limites. Por consequência, qualquer norma do ordenamento jurídico só será válida se estiver em conformidade com as normas constitucionais – seja sob o aspecto formal, seja sob o material -, pois toda autoridade nela encontra o seu fundamento.

No mesmo entendimento complementa José Afonso da Silva (1998, p. 193):

Por ser rígida, toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais; exerce suas atribuições nos termos dela; sendo que todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se conformarem com as normas constitucionais federais.

2.3.1 Hierarquia entre as leis federais, estaduais e municipais

No Brasil, Estado Federado, a Constituição Federal fundamenta a validade de todas as regras jurídicas da União, dos Estados e dos Municípios. Uma lei federal só é válida se estiver no seu âmbito de atuação, traçado na Constituição Federal. Uma lei estadual vale enquanto esteja de acordo com a esfera de competência do Estado para regular determinada matéria, nos termos da mesma Constituição Federal. Da mesma forma, uma lei municipal retira seu fundamento de validade no rol de competência que foi conferido ao Município pela Constituição Federal.

Assim, se uma lei federal invade a competência estadual ou municipal, torna-se inválida e inconstitucional. Porém, por óbvio, não se trata de hierarquia, mas de conflito de competências, a ser resolvido sempre com base na Constituição Federal. Não há, portanto, que se falar em hierarquia entre normas oriundas de entes estatais distintos, autônomos, como na nossa Federação. Em caso de conflito entre lei federal, estadual e municipal, prevalecerá sempre aquela competente para o trato da matéria. Caso a lei federal esteja, por exemplo,

invadindo competência do município, a lei municipal é que prevalecerá.

Segundo Marcelo Novelino (2007, p. 28):

[..]é importante advertir que não existe hierarquia entre as leis federais, estaduais e municipais. Isto porque nenhuma dessas leis constitui o fundamento de validade da outra, razão pela qual, segundo o critério adotado, não poderiam ter diferente grau hierárquico.

Há, porém, hierarquia entre a Constituição Federal, Constituição dos Estados, Lei Orgânica do Distrito Federal e Lei Orgânica dos Municípios, na seguinte ordem: num patamar de superioridade, temos a Constituição Federal; num nível imediatamente inferior temos as Constituições dos Estados e a Lei Orgânica do Distrito Federal; num patamar inferior, devendo obediência à Constituição do Estado e à Constituição Federal, temos a Lei Orgânica dos Municípios.

2.3.2 Posição hierárquica da Constituição Estadual frente às leis estaduais e municipais

Toda vez que um ato normativo extrai o seu fundamento de validade de outro, este lhe é superior, instaurando-se, em consequência, uma relação hierárquica. Dessa maneira, hierarquia é a circunstância de uma norma jurídica encontrar seu fundamento de validade numa norma superior. Para o direito, extrair o fundamento de validade significa conferir condições de possibilidade jurídica ou, em outras palavras, fornecer a aptidão necessária para a produção de efeitos válidos.

Impende assinalar que, em relação à conduta regulada pela norma, inexistem qualquer valoração normativa. Isto é, não há uma norma que valha mais que outra, pois todas detêm o mesmo grau de imperatividade, devendo ser igualmente observadas. A partir do momento em que ingressa no mundo jurídico, a norma inferior, se válida, passa a regular a conduta humana com a mesma força da norma superior, pois seu fundamento de validade decorre, em última instância, da própria Constituição. A formulação escalonada das normas jurídicas é, assim, uma decisão que provém de um ato de vontade do detentor do poder político, numa sociedade historicamente considerada.

Deste modo, justamente por iniciar a vida jurídica de um Estado, compete à Constituição identificar as fontes normativas da ordem que institui e determinar os critérios de validade de cada norma que o compõe, individualmente ou nas relações com outras fontes. No topo da pirâmide jurídico-normativa de um Estado-membro estaria, pois, a Constituição Estadual e dispersas em um grau hierárquico inferior estão às leis estaduais e leis municipais.

De acordo com os ensinamentos do renomado jurista Marcelo Novelino (2007, p. 28) “As constituições elaboradas pelos Estados-membros, apesar de também serem subordinadas à Constituição da República, são superiores às leis estaduais – por determinarem sua forma e conteúdo – e às leis municipais, devido à subordinação material.”

Sendo assim, observa-se que as normas constitucionais estaduais são hierarquicamente superiores às leis estaduais e municipais.

2.3.3 Posição hierárquica da lei orgânica municipal frente às leis municipais

A Lei Orgânica municipal funciona como uma espécie de constituição do município. No entanto, a Lei Orgânica de cada município deve respeitar, simultaneamente, a Constituição

do estado-membro a que ele pertence e a Constituição Federal, conforme determina a própria Constituição Federal, em seu artigo 29, *caput*:

Art. 29. O município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado.

A Lei Orgânica municipal é hierarquicamente superior frente às leis municipais, por lhes determinar a forma de elaboração. Não obstante, havendo conflito entre a lei orgânica e uma lei municipal, não há de se falar em controle de constitucionalidade, mas sim de legalidade.

2.3.4 Hierarquia entre a lei complementar e a lei ordinária

Um dos temas objeto de grandes discussões na doutrina tem sido a existência ou não de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, havendo argumentos razoáveis de ambos os lados. Aqueles que defendem a tese pela existência de hierarquia argumentam que o constituinte, ao trazer a lei complementar como espécie normativa diferenciada no art. 59 e ao exigir *quorum* especial para sua aprovação no art. 62, posicionou-a numa escala intermediária entre as leis ordinárias e a Constituição. Enfim, estaria a lei complementar numa posição hierárquica imediatamente abaixo das normas constitucionais, acima das leis ordinárias. Por outro lado, os que refutam a tese da existência de hierarquia argumentam que ambas as leis — complementares e ordinárias — são espécies normativas primárias, que retiram seu

fundamento de validade diretamente da Constituição, não havendo, por conseguinte, que se falar em hierarquia. Tratar-se-ia, apenas, de uma questão de campos de atuação distintos (*ratione materiae*).

É certo que o legislador constituinte outorgou à lei complementar uma relativa rigidez, ao exigir para a sua aprovação maioria absoluta dos membros das duas Casas do Congresso Nacional. Atualmente, considerando a composição das Casas do Congresso Nacional (Câmara = 513 Deputados; Senado = 81 Senadores), para a aprovação de uma lei complementar é necessária a aprovação de 257 Deputados e de 41 Senadores, independentemente do número de congressistas presentes à sessão. A aprovação das leis ordinárias é bem mais simples, pois depende apenas da chamada maioria simples ou relativa, isto é, exige a maioria dos votos desde que presentes na sessão a maioria absoluta dos membros da Casa Legislativa. Logo, o *quorum* de maioria simples é um número variável, dependendo do número de congressistas presentes à sessão. A Constituição apenas exige um *quorum* mínimo para a deliberação, que é a maioria dos membros da Casa. Assim, por exemplo, se presentes na sessão 257 Deputados, a aprovação da lei ordinária dependerá de aprovação de 129 Deputados; se presentes 300 Deputados, a aprovação dependerá de 151 votos; se presentes 250 Deputados, não haverá *quorum* para a deliberação, pois a Constituição exige *quorum* mínimo de maioria absoluta para a instalação da sessão (atualmente de 257 Deputados).

É verdade, também, que a lei complementar possui campo material próprio, expressamente delineado na Constituição. O Constituinte, ao longo do texto constitucional, reservou certas matérias à lei complementar, dispondo que "Lei complementar disporá sobre...", "A União, mediante lei complementar, poderá ...", "Cabe à lei complementar..." etc. Em suma, a lei complementar caracteriza-se por dois pontos: pelo campo próprio de atuação

expressamente delineado na Constituição e pelo *quorum* especial para sua aprovação (maioria absoluta), diferente daquele exigido para a aprovação da lei ordinária.

A tese que prevaleceu na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi a da não existência de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária. Para o Tribunal, não existe hierarquia entre tais espécies normativas; a distinção entre elas deve ser aferida em face da Constituição, considerando o campo de atuação de cada uma. Assim, entende o Tribunal que a lei complementar só é tal na medida em que disciplina matéria especificamente prevista na Constituição a ser veiculada por essa categoria normativa. Só pela matéria indicada em dispositivo constitucional é que se identifica uma lei complementar. Enfim, a lei só será *materialmente lei complementar* quando tratar de matéria para a qual a Constituição exige tal tipo de lei. Fora disso, a lei será *lei materialmente ordinária*, pouco importando o *quorum* que venha a ser aprovada ou a denominação formal que receba no Congresso Nacional.

Como corolário desse entendimento, temos as seguintes orientações emanadas do Supremo Tribunal Federal não há hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, mas sim campos específicos de atuação de cada uma dessas espécies normativas; só é lei complementar material aquela aprovada por maioria absoluta pelas Casas do Congresso Nacional e que trate de matéria reservada pela Constituição para esse tipo de lei; lei ordinária, lei delegada e medida provisória não podem regular matéria reservada pela Constituição à lei complementar, sob pena de incorrerem em vício de inconstitucionalidade formal; lei complementar pode tratar de matéria ordinária, sem incorrer em vício de inconstitucionalidade formal, mas nesse caso tal lei será apenas *formalmente* complementar - será *materialmente* ordinária, isto é, o conteúdo dessa lei permanecerá com *status* ordinário. Logo, poderá ser posteriormente modificada/revogada por lei ordinária.

2.4 Posição dos tratados internacionais na hierarquia jurídica

Não há, e nunca houve, no ordenamento positivo brasileiro qualquer disposição, nem mesmo constitucional, que dispusesse em que posição normativa se encontram os tratados internacionais.

Diante deste panorama, tornou-se inadmissível a ausência de uma codificação acerca da hierarquização dos tratados internacionais, sejam sobre direitos humanos ou não. Foi então elaborado um sistema de incorporação para os tratados internacionais que versam sobre matéria ordinária e outro para os tratados que versam sobre direitos humanos, tendo por reflexo as conseqüências jurídicas advindas dos parágrafos 2º e 3º da Carta Magna.

2.4.1 Sistema de incorporação dos tratados envolvendo matéria ordinária à ordem jurídica interna.

O exame da Carta promulgada em 1988 permite constatar que a execução dos tratados internacionais de matéria ordinária e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil – visto que tal sistemática não foi alterada pela emenda em comento –, de um ato complexo, resultante da conjugação de duas vontades: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (artigo 49, inciso I), e a do presidente da República, a quem compete celebrar esses atos de direito internacional (artigo 84, inciso VIII). Da simples leitura dos artigos mencionados, é possível inferir que a vontade do Executivo, manifestada pelo presidente da República, não se aperfeiçoará enquanto a decisão do Congresso Nacional sobre a viabilidade de se aderir àquelas normas não for manifestada, no que se consagra,

assim, a já referida natureza complexa da conclusão dos tratados internacionais, consubstanciada na colaboração entre o Executivo e o Legislativo.

Assim, cabe ao Poder Executivo presidir a política externa, ao passo que ao Legislativo cumpre exercer o controle dos atos executivos, uma vez que àquele incumbe a defesa da nação no cenário internacional. Por importar no comprometimento da soberania nacional, não poderia o tratado produzir efeitos se não fosse seguido de aprovação pelo Congresso, que representa a vontade nacional. Celebrado o tratado, o presidente da República submete-o ao crivo do Parlamento. O Congresso, chamado a se manifestar por meio da elaboração de um decreto legislativo (artigo 59, inciso VI), materializa o que ficou resolvido sobre o tratado. Registre-se que não há a edição de tal espécie normativa em caso de rejeição do tratado, caso em que apenas se comunica a decisão, mediante mensagem, ao chefe do Poder Executivo.

Seja como for, sublinhe-se que habilitado a ratificar tratados internacionais está somente o presidente da República, e mais ninguém; é sua, portanto, a última palavra. Ao Parlamento incumbe tão-somente aprovar ou rejeitar o tratado assinado pelo Executivo, conforme se afirmou na fundamentação supra. O equívoco em que labora Ferreira Filho (1997, p. 296-297) nesse aspecto é flagrante, ao sustentar a conveniência de “que a representação nacional seja ouvida, dizendo a última palavra. E verdadeiramente a última palavra, já que, após a manifestação do Congresso, não cabe mais qualquer intervenção do Executivo”.

Ora, efetivamente, convém – como erigiu o texto constitucional – a participação da representação popular no processo de celebração dos tratados; mas daí a afirmar-se que, depois da aprovação pelo Congresso, nenhuma outra intervenção cabe ao presidente da República significa dizer que o tratado assinado jamais será ratificado e promulgado. Isso

porque, sem a ratificação, que é ato privativo do chefe do Poder Executivo, o tratado nunca vigorará, seja na ordem doméstica, seja na internacional.

Por derradeiro, é necessária a pontuação definitiva de que o Congresso Nacional não ratifica nenhum tipo de ato internacional. Por meio de decreto legislativo, o Parlamento pátrio autoriza a ratificação, que é ato próprio do presidente da República.

Promulgado o decreto legislativo pelo presidente do Senado Federal e publicado este tanto no Diário do Congresso Nacional como no Diário Oficial da União, iniciam-se os procedimentos para a entrada em vigor, tanto no ordenamento jurídico pátrio como no internacional, do tratado assinado e recém-aprovado pelo Congresso.

Conforme ensinam Acciolly e Silva (1998, p. 31):

[...] a entrada em vigor dos atos internacionais bilaterais pode se dar tanto pela "troca de informações" como pela troca de "cartas de ratificação". Quando feita pela primeira modalidade, é passada, de imediato, nota à embaixada da outra parte acreditada junto ao governo brasileiro; caso se dê pela "troca de instrumentos de ratificação", aguarda-se a conclusão dos trâmites internos de aprovação por ambas as partes, para, somente então, se realizar a cerimônia de troca de instrumentos. Uma ata, ou um protocolo, consignando a troca dos instrumentos, é lavrada em dois exemplares nos respectivos idiomas dos dois contratantes ou num terceiro (geralmente, o francês), assinada e selada pelos plenipotenciários designados para a troca.

No que concerne aos atos internacionais multilaterais, como, geralmente, é o caso dos tratados, um processo mais complexo se instala. Nesse caso, publicado o decreto legislativo, para que o ato internacional entre em vigor, requer-se que seja ratificado, ou seja, após a assinatura do tratado e sua aprovação pelo Congresso Nacional, é depositado o

instrumento de ratificação da parte brasileira junto ao governo ou organismo internacional responsável pelas funções de depositário. Explicam Acciolly e Silva (1998, p. 31):

Na realidade, não é propriamente a ratificação, isto é, o ato de firmar e selar a *carta de ratificação*, que dá vigor ao tratado. O que o torna perfeito e acabado é a troca de tal instrumento contra outro idêntico, da outra parte contratante, ou o seu depósito no lugar para isto indicado no próprio tratado. Aliás, um simples depósito, às vezes, não basta para o aludido resultado. Com efeito, o *depósito* é exigido, geralmente, para tratados multilaterais, e estes requerem quase sempre certo número de depósitos, se não o de todas as partes contratantes para a sua entrada em vigor. (grifo dos autores)

Depositado o instrumento de ratificação junto ao governo ou organismo responsável pelas vezes de depositário, a prática brasileira tem exigido deva o presidente da República, a quem – conforme já se verificou reiteradas vezes alhures – a Carta de 1988 outorgou a competência privativa para celebrar tratados, expedir um decreto de execução, promulgando e publicando no Diário Oficial da União o conteúdo dos tratados, materializando-os, assim, internamente.

A promulgação e a publicação no direito brasileiro comporiam a fase integratória da eficácia do pacto, uma vez que atestariam a sua adoção pelo Poder Legislativo, certificariam a existência de seu texto e afirmariam, finalmente, seu valor imperativo e executório na ordem interna. Vale revisar a irradiação de efeitos na arena internacional já se dera com a troca ou depósito dos instrumentos de ratificação, que é a ratificação propriamente dita.

Esse é o trâmite ordinário à incorporação do direito internacional à ordem interna, porém não é o único contemplado na Constituição de 1988. Tudo quanto aqui se afirmou vale apenas para os tratados internacionais que abordem matéria ordinária, excetuando-se os pactos relativos a direitos humanos.

Neste sentido, decisão da Suprema Corte, Rel. Min. Sepúlveda Pertence (2002):

Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação. A Constituição do Brasil e as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos: prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinômicas. (...) Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está insita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III,). Alinhar-se ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não implica assumir compromisso de logo com o entendimento majoritário em recente decisão do STF (ADI 1.480-MC) que, mesmo em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais, preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis ordinárias. Em relação ao ordenamento pátrio, de qualquer sorte, para dar a eficácia pretendida à cláusula do Pacto de São José, de garantia do duplo grau de jurisdição, não bastaria sequer lhe conceder o poder de aditar a Constituição, acrescentando-lhe limitação oponível à lei como é a tendência do relator: mais que isso, seria necessário emprestar à norma convencional força ab-rogante da Constituição mesma, quando não dinamitadoras do seu sistema, o que não é de admitir.

2.4.2 Sistema de incorporação dos tratados relativos a direitos humanos à ordem jurídica interna

Antes da entrada em vigência da emenda à Constituição n.º 45/2004, previa a Constituição a possibilidade de uma gama limitada de disposições internacionais serem incorporadas sem tamanha formalidade. Reporta-se àqueles tratados internacionais relativos a direitos humanos dos quais o Brasil era parte. O fundamento legal era a interpretação conjugada do parágrafo 2º do artigo 5º com o princípio orientador da prevalência dos direitos humanos, inscrito no artigo 4º, inciso II, ambos do texto constitucional de 1988.

Se o modelo de incorporação ordinário consagrava, assim, clara opção pela teoria dualista, mediante a qual o Estado recusa a vigência imediata do direito internacional na ordem interna (para que o conteúdo de um tratado internacional vigore na ordem interna, é mister, além de sua aprovação pelo Poder Legislativo, a sua reprodução ou transformação por uma fonte doméstica – "teoria da transformação", que nada mais é do que transformar o direito externo em interno, reproduzindo-o em uma lei nacional), a incorporação automática contemplava duas circunstâncias muito importantes: a primeira referia-se à desnecessidade de referendo pelo Congresso Nacional quanto à ratificação de tratados de direitos humanos; a segunda dizia respeito à possibilidade de invocação, no âmbito interno, das disposições desses tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil era parte sem que fosse necessária a expedição, pelo chefe do Poder Executivo, de um decreto de execução voltado para a vigência interna do pacto. Vale dizer, firmado o tratado de direitos humanos, o Estado reconhecia a plena vigência do direito internacional na ordem interna, mediante uma cláusula geral de recepção automática plena (parágrafo 2º, do artigo 5º).

No que se referia ao referendo do Congresso Nacional, Trindade (1991, p. 27-54) esclarecia:

[...] se para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar às suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais neles garantidos, consoante os art. 5º, parágrafos 1º e 2º da Constituição brasileira de 1988, passam a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno.

Na mesma esteira, Pereira e Quadros (1997, p. 94-95) asseveravam que, nessa sistemática, a regra internacional vigoraria na ordem interna mantendo a sua qualidade de norma de direito internacional. Desse modo, uma vez adotado um monismo com primado do direito internacional, em últimas conseqüências, dispensada estaria qualquer formalidade à recepção do direito internacional na ordem interna. No que diz respeito, entretanto, à promulgação, Rezek (1984, p. 385-387), aguerrido defensor da tese dualista, fundamentava a sua necessidade, mesmo para os tratados que carreguem direitos humanos, no fato de que, no Brasil, promulgar-se-iam todos os tratados aprovados pelo Congresso Nacional, valendo como ato de publicidade.

Tomando-se o brilhante raciocínio de Kelsen (1990, p. 367), o direito internacional só necessitaria de transformação em direito interno quando essa necessidade fosse formulada pela Constituição. Se a Carta constitucional silenciava a respeito – como ocorria na época –, os tribunais nacionais estariam aptos a aplicar imediatamente os tratados celebrados. No caso do decreto de execução, seria supérflua sua edição em virtude da inexistência de mandamento constitucional regulador da matéria. Ademais, nenhuma Constituição brasileira trouxe, taxativamente, dispositivo expresse requerendo essa formalidade para a incorporação do direito externo. Admitia-se que fosse fruto da prática consuetudinária do sistema jurídico pátrio tal sistemática.

Outros, como Mirtô Fraga (1998, p. 63), viam essa formalidade como decorrente do comando constitucional do inciso IV do artigo 84, que diz competir privativamente ao presidente da República sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução. Esse posicionamento só pode levar a uma inferência: o autor empresta à lei o sentido mais amplo possível, de forma a enquadrar – erroneamente – este decreto de execução como fonte positiva do direito.

Ora, lei é lei, decreto é decreto. Dizer que o decreto assim se chamava apenas por questão de nomenclatura, posto advindo do chefe do Poder Executivo, não satisfazia, precisamente porque, abstraída a questão da denominação, não passava ele pelos rigores do processo legislativo para a elaboração de uma lei em sentido estrito. A atribuição de expedir decretos, no ponto, foi erigida apenas para regular a execução das leis, em sentido estrito. É por isso que este autor sempre tomou posição ao lado do mestre austro-húngaro cuja defesa se trouxe anteriormente; apenas com a ressalva de que não somente o Poder Judiciário estaria apto a aplicar o tratado após ratificado, como também, e sobretudo, os poderes da administração pública, a quem cabe a operacionalização do ordenamento para a aplicabilidade das normas recém-incorporadas.

Ademais, a inexistência de mandamento constitucional determinando a expedição do já tão mencionado decreto de execução – que faria validar o direito do tratado já firmado – fazia vir à tona, inclusive, uma decorrência do próprio princípio da legalidade (artigo 5º, inciso II), pelo qual "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Indo ainda mais longe, poder-se-ia alegar a ausência de amparo legal para essa atividade da administração pública.

Não obstante se tenha, no bojo deste estudo, asseverado a contrariedade de posicionamento com o autor, é imperioso trazer à baila a exemplificação de Rezek (1998, p. 83):

Nos Países Baixos, entre 1906 e 1953, ignorava-se conscientemente qualquer prática expressiva do fenômeno da *recepção*; atitude que, ao gosto dos pensadores monistas, retratava a operatividade da norma internacional por sua própria e originária virtude, sem o permeio de qualquer diploma interno de incorporação. No Reino Unido nada se faz, até hoje, que corresponda à *promulgação* – por lei, decreto, ou o que mais seja – dos tratados internacionais.

Ainda que redundante, cumpre ressaltar que o sistema automático de incorporação – hoje não mais em vigor –, ao revés do legislativo, que comunga a tese dualista, contemplava o pensamento monista. A par de todo o exposto, o ordenamento constitucional brasileiro fazia opção por um sistema misto de incorporação do direito internacional. Para os tratados internacionais que versassem direitos humanos, vigorava o modelo da incorporação automática, ao passo que para os demais tratados internacionais o modelo ainda é o da incorporação legislativa, na medida em que se exige a intermediação de um ato legislativo para tornar o tratado obrigatório na ordem interna.

Cumpre ressaltar que inexistente no seio do texto constitucional, ressalvada a hipótese que trata dos direitos humanos, qualquer dispositivo que enfrente a espinhosa relação entre o direito internacional e o interno de forma pontual, nem há menção expressa a qualquer das correntes, monista ou dualista.

O certo é que, diante de tal incorporação automática, os tratados de direitos humanos, assim que firmados, deveriam irradiar imediatamente seus efeitos na esfera interna. Isso queria revelar que estaria dispensada aquela deliberação do Congresso Nacional, que, mediante decreto legislativo, aprovaria ou desaprovava a ratificação do que já fora firmado. Também restaria supérflua a edição, pelo chefe do Poder Executivo, do decreto de execução destinado à promulgação e à publicação do tratado. Mas atente-se para o fato de que esse tratamento vinha dispensado apenas aos tratados de direitos humanos; já, para tratados com matérias diversas (ou ordinárias), as exigências da intermediação legislativa e da edição do indigitado decreto ainda se impõem.

No sistema misto, o Estado não reconhece a vigência automática de todo o Direito Internacional, mas reconhece-o só sobre certas matérias. As normas internacionais

respeitantes a essas matérias vigoram, portanto, na ordem interna independentemente de transformação; ao contrário, todas as outras vigoram apenas mediante transformação. Este sistema é conhecido por sistema da cláusula geral da recepção semiplena. Este sistema resulta da adoção cumulativa de concepções monistas e dualistas quanto às relações entre o Direito Internacional e o Direito interno. (PEREIRA e QUADROS, 1997, p. 95, grifo dos autores).

É importante, na espécie, a lembrança de Piovesan (2002, p. 106-108), de que a sistemática automática de incorporação, adotada pelo Brasil para os tratados de direitos humanos até a entrada em vigência da emenda à Constituição n.º 45/2004, tem sido a tendência de algumas constituições modernas, a saber, da Constituição portuguesa, de 1976, da Lei Fundamental alemã, da Carta espanhola e da holandesa. O reflexo prático de maior importância dessa incorporação extraordinária era o de que os indivíduos se tornavam beneficiários diretos desses instrumentos internacionais voltados à proteção dos direitos humanos com maior rapidez, o que facilitava, sobremaneira, a operacionalização do Estado para se adequar a esse novo direito, a essa nova garantia do indivíduo.

O entendimento de Bastos e Martins (1989, p. 396) transcrito, vem ao encontro, em gênero, número e grau, da tese aqui esposada:

A novidade do dispositivo (artigo 5º, parágrafo 2º) repousa na referência feita aos "tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". [...] De qualquer sorte, esta referência é de grande importância porque o texto constitucional está a permitir a inovação, pelos interessados, a partir dos tratados internacionais, o que não se admitia, então, no Brasil. A doutrina dominante exigia a intermediação de um ato de força legislativa para tornar obrigatória à ordem interna um tratado internacional. A menção do parágrafo em questão ao direito internacional como fonte possível de direitos e garantias deverá trazer mudanças sensíveis em alguns aspectos do nosso direito. Não será mais possível a sustentação da tese dualista, é dizer, a de que os tratados obrigam diretamente aos Estados, mas não geram direitos subjetivos para os particulares, que ficariam na dependência da referida intermediação legislativa.

Contudo, mesmo desfrutando de toda a força que possuía, a sistemática de incorporação automática para os tratados envolvendo o direito das gentes nunca foi real e efetivamente aplicada.

Apenas para que se tenha noção do atraso que essa inação significa, tem-se em conta o "Tratado Sobre a Não-Proliferação de Armas Nucleares", assinado pelo Brasil em 1968. O decreto legislativo que aprovou a sua ratificação (n.º 65) restou editado apenas em 1998, ou seja, trinta anos mais tarde. O governo brasileiro depositou o instrumento de adesão ao referido tratado em 18 de setembro de 1998, todavia o decreto de execução que promulga o tratado apenas foi publicado em 8 de dezembro de 1998. Portanto, na vigência da interpretação que vinha sendo aplicada, somente a partir de 8 de dezembro de 1998, ou seja, trinta anos após a data da assinatura do pacto, o direito internacional humano contido naquele tratado (no caso, o direito fundamental à própria vida e, subsidiariamente, a um meio ambiente equilibrado e saudável) poderia estar à disposição dos indivíduos. São, pois, três décadas de atraso na titularização de um direito fundamental à vida.

Ao prever, no indigitado parágrafo, que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, o legislador constitucional, indubitavelmente, quis incluir naquele catálogo oficial de direitos e garantias os direitos advindos dos pactos internacionais. Por outras palavras, significa a incorporação pela Constituição Federal, no rol de seu artigo 5º, desses direitos emanados da arena internacional.

Nesse sentido, lembra Bulos (2002, p. 358) que:

[...] nenhuma outra Constituição brasileira incluiu, de maneira taxativa, dentre os direitos tutelados constitucionalmente, aqueles previstos em tratados internacionais de que o Brasil fosse signatário. Seguiu, nesse particular, o Texto português de 1976 (art. 16, I), e, indiretamente, a Carta francesa de 1958, bem como a experiência norte-americana, segundo a qual "A enumeração de certos direitos na Constituição não deverá ser interpretada como anulando ou restringindo outros direitos conservados pelo povo" (Constituição dos Estados Unidos da América de 1791, Emenda IX).

2.4.2.1 Reflexos da criação do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal

O preceito em comento leva em conta, para tanto, o regime e os princípios adotados na Carta, assente que o regime erigido foi o Estado democrático de direito (artigo 1º). Já se teve oportunidade de frisar que a Carta política de 1988 foi pioneira em conceber a prevalência dos direitos humanos como princípio orientador (artigo 4º, inciso II). Assim, é necessária a interpretação do teor do parágrafo 2º do artigo 5º em consonância com o inciso II do artigo 4º. Essa combinação é que permitia concluir que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos gozavam de hierarquia diferenciada ao serem incorporados. Era o que corroborava Sarlet (1996, p. 98):

À luz das considerações tecidas, parece razoável o entendimento de que o art. 5º, § 2º, da CF se refere às disposições contidas no Título I, art. 1º a 4º (Dos Princípios Fundamentais), onde também se encontram delineados os contornos básicos do Estado Democrático e Social de Direito que identificam nossa República. Neste título, além do regime da social democracia consagrado pela nossa Carta, encontram-se expressos os fundamentos, objetivos e princípios fundamentais que regem o Estado brasileiro, seja em nível interno, seja na esfera das relações internacionais.

A mesma linha de raciocínio era seguida por Dallari (1994, p. 162):

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.

Podia-se, portanto, afirmar, com segurança, que os direitos emanados dos tratados de direitos humanos em que o Brasil era parte, assim que firmados, passavam a integrar o rol dos direitos constitucionalmente consagrados. Autorizava tal conclusão uma "interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional." (PIOVESAN, 2002, p. 76). Ora, com efeito. Se não tratasse o parágrafo 2º de matéria constitucional, restaria sem sentido. Ainda que não se encontrassem sob a forma de normas constitucionais, recebiam esse valor jurídico por completar o catálogo dos direitos fundamentais previsto na Constituição. O magistério de Mello (2000, p. 203) guarda consonância com esse posicionamento ao considerar que "os direitos humanos têm [...] um 'status' especial na ordem jurídica internacional e devem predominar sempre."

É forçoso reconhecer que a doutrina nacional acerca da matéria considerava maciçamente – de forma equivocada, sob este ponto de vista – que os tratados internacionais, independentemente da matéria sobre a qual versassem, possuíam hierarquia infraconstitucional, ou seja, encontrar-se-iam em paridade com a legislação ordinária.

É preciso, entretanto, pontuar a tese sempre defendida por este autor: por força do contido no já analisado parágrafo 2º do artigo 5º, combinado com o disposto no inciso II do

artigo 4º, ambos da Constituição Federal, os tratados que versavam a proteção dos direitos humanos adentravam – antes da entrada em vigência da emenda objeto deste estudo – ao ordenamento jurídico pátrio com natureza de norma constitucional. E não se podia inferir outra coisa do exame dos indigitados dispositivos. Quanto aos demais pactos internacionais, no entanto, sempre se teve por impossível sustentá-los na esfera de constitucionalidade, visto que o entendimento esposado pela maciça doutrina não merece reparo.

Mas por que a força do já tão mencionado parágrafo 2º tinha aplicação somente quanto aos pactos internacionais de proteção dos direitos humanos? A resposta é simples e neste estudo já foi analisada: porque o princípio que orienta e informa o Brasil na esfera internacional de direitos é o da prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, inciso II). Logo, somente essa combinação autoriza a incluir aquelas normas advindas do tratado internacional no núcleo de constitucionalidade do artigo 5º.

Na mesma esteira é o posicionamento de Mourão (1999, p. 39):

Ao prescrever que "os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais", a *contrario sensu*, a Constituição Federal de 1988 inclui, no rol dos direitos constitucionalmente protegidos, os direitos elencados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Com tal incorporação, atribui-se aos direitos internacionais natureza jurídica de norma constitucional. Ainda que estes direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Carta Magna lhes confere o valor jurídico de norma materialmente constitucional, já que integram o complexo de direitos fundamentais previsto pelo Texto Constitucional.

Como se infere do trecho colacionado, outro fator que contribuía, sensivelmente, para a constitucionalização do conteúdo de tratados internacionais de salvaguarda dos direitos humanos era a chamada "natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais".

(PIOVESAN, 2002, p. 77-78). É bem verdade que ditas regras não são normas constitucionais, mas normas de um pacto internacional. Entretanto, o texto da Constituição empresta-lhes valor jurídico de norma constitucional uma vez que complementam o elenco de direitos fundamentais previstos no bojo da Carta.

Nesse sentido, afirma Canotilho (1993, p. 982):

O programa normativo constitucional não pode se reduzir, de forma positivística, ao "texto" da Constituição. Há que densificar, em profundidade, as normas e princípios da Constituição, alargando o "bloco da constitucionalidade" a princípios não escritos, mas ainda reconduzíveis ao programa normativo-constitucional, como formas de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas.

Efetivamente, a atual Constituição brasileira – reformada ou não – não detém uma pretensão de completude; pelo contrário, erigiu uma abertura concebida justamente para ter a maleabilidade necessária à diuturna atualização política e social. Aliás, tal abertura tem seu máximo expoente justamente no teor do dispositivo constitucional objeto desta seção (parágrafo 2º, do artigo 5º). Nesse contexto, Trindade (1991, p. 631) faz a seguinte observação:

É alentador que as conquistas do direito internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no direito constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista.

Outro importante princípio atinente à efetividade das normas constitucionais sustentava o posicionamento que se defendia, o da "ótima concretização da norma" (HESSE, 1991, p. 22), fundado na interpretação do contexto sociedade-Constituição. Lecionava Hesse (1991, p. 22-23), nesse aspecto, que tal interpretação tinha significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição, porém não a interpretação fornecida formal e conceitualmente, e, sim, aquela que concretize o sentido da proposição normativa com o contexto das condições reais de vida dominantes em uma determinada sociedade.

Ora, de tudo o que foi exposto assente que a Lei Maior brasileira recepcionava, no regime anterior à emenda constitucional n.º 45, os direitos enunciados em tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil era parte, conferindo-lhes hierarquia de norma constitucional. Equivalia dizer que os direitos constantes nos pactos internacionais de salvaguarda dos direitos humanos integravam e complementavam o catálogo de direitos constitucionalmente previstos, o que autorizava a que fosse estendido a esses direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais.

Raciocínio igual nunca pôde ser feito, entretanto, para os demais tratados internacionais que não fossem os relativos a direitos humanos e, por via de consequência, fundamentais. É por isso que ao direito internacional contido nesses tratados internacionais que versam matéria diversa sempre foi conferido hierarquia infraconstitucional, à inteligência do artigo 102, inciso III, alínea "b".

2.4.2.2 Reflexos da criação do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal

Por força desse entendimento fixado pelo STF, a novel emenda 45/2004, intitulada reforma do judiciário, acrescentou o § 3º ao art. 5º da CF, com a seguinte redação: “§ 3º - Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Embora desprovida de relevância prática, é perceptível a inclusão no § 3º da expressão "convenções" ao lado dos tratados internacionais, omitida no § 2º, que exigia o emprego da interpretação extensiva para ser alcançada.

A modificação mais importante foi no sentido de que somente os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos poderão ostentar a condição de norma constitucional, desde que sejam aprovados por procedimento idêntico às emendas constitucionais, consistindo, nessa circunstância, em emanção do poder constituinte derivado.

Não é condição indispensável a aprovação pelo *quorum* qualificado, mas requisito para que esses tratados ou convenções possam ingressar no ordenamento jurídico em posição hierárquica semelhante à das emendas constitucionais. Assim, caso não seja obtida a votação em dois turnos, em cada casa, por três quintos de seus membros, o tratado poderá ser aprovado, porém, sem a prerrogativa da natureza constitucional de suas disposições.

Já os demais tratados que não versarem sobre direitos humanos sempre serão incorporados como norma infraconstitucional, ainda que eventualmente aprovados pelo procedimento das emendas. Aliás, não existindo a possibilidade de serem elevados ao patamar da Constituição sob o aspecto material, não há necessidade de subsunção ao procedimento legislativo especial, devendo ser submetidos à apreciação em sessão conjunta do Congresso com aprovação por maioria simples.

Portanto, após a vigência da emenda 45, é possível a coexistência de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos com força de norma constitucional, tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos hierarquicamente equiparados à legislação ordinária e os demais tratados e convenções internacionais sempre com natureza infraconstitucional.

CAPÍTULO 3 CONFLITO ENTRE NORMAS CONSTITUCIONAIS E NORMAS ADVINDAS DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Após todas as mudanças trazidas pela Emenda Constitucional nº45/2004 faz-se indispensável à análise de uma problemática surgida em nosso ordenamento e que será o objeto deste capítulo. Depois da equiparação dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos ao status de norma constitucional observa-se uma polêmica trazida pelos nossos doutrinadores pátrios.

Se um tratado internacional consagra um direito individual conflitante com uma cláusula pétrea, qual norma deverá prevalecer?

Embora não possa haver, e de fato não há, normas constitucionais originárias incompatíveis entre si, poderá haver - e há -, colisão de princípios, de direitos fundamentais.

Luiz Roberto Barroso (2002) registra que:

Em uma ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não só é possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso a sua incidência não pode ser posta em termos de tudo ou nada, de validade ou invalidade. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis, como os que existem entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade, a livre iniciativa e a intervenção estatais, o direito de propriedade e a sua função social.

Verificada a existência de colisão de direitos fundamentais o intérprete deve procurar solucionar o problema recorrendo aos princípios da razoabilidade, unidade da constituição, da concordância prática e da proporcionalidade ou da ponderação.

Quando há choque entre dois princípios o conflito não pode ser resolvido pelo critério da hierarquia, mas deve ser resolvido pela aplicação do princípio da proporcionalidade (ou da ponderação de valores) através da conciliação ou transigência de princípios constitucionais opostos. Sempre que o intérprete estiver persuadido da incompatibilidade de dispositivos ou de princípios, deve buscar solução no que o constitucionalismo alemão chama de "otimização constitucional" (*verfassungsrechtliche Optimierung*), mediante derivação de premissas normativas constantes da própria Constituição. Não será relevante a superioridade de nenhum dos princípios contrapostos, mas, apenas, no caso concreto, a interpretação irá sopesar o conflito e escolher a melhor solução para aquela situação específica.

A cláusula constitucional da proporcionalidade, que se caracteriza "pelo fato de presumir uma existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo" (PAULO BONAVIDES, 1996, p. 315), tem, no dogma do controle dos excessos, que é a forma mais concreta e efetiva de coibir os abusos trazidos pelo direito, através do caso concreto, uma de suas projeções mais marcantes.

3.1 Ingresso dos tratados internacionais de Direitos Humanos no bloco de constitucionalidade.

"O reconhecimento da existência do bloco de constitucionalidade é fundamental para a própria democracia enquanto caminho da progressão para a igualdade", como definiu Hans Kelsen (1929, p. 3 a 15). Sem democracia ocorre a perpetuação das desigualdades, o estímulo às injustiças e discriminações com a conseqüente eternização dos conflitos sociais. A democracia se não acaba, pelo menos atenua os privilégios, tornando mais concreto e eficaz o princípio constitucional da igualdade. A democracia é sempre o melhor caminho. O bloco de constitucionalidade expande as disposições dotadas de valor constitucional, ampliando, pois,

os direitos e as liberdades públicas, abrindo espaço para o crescimento e fortalecimento dos direitos fundamentais do homem. O bloco de constitucionalidade pode ser entendido como o conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores materialmente constitucionais fora do texto da Constituição formal.

Dentro dessa perspectiva, é importante que se acentue que assume grande relevo o estatuído no § 2º do art. 5º da CRFB. Com efeito, no final da extensa Declaração de Direitos enunciada pelo artigo 5º, a Carta de 1988 estabelece que os direitos e garantias expressos na 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 ensina Flávia Piovesan em um artigo baseado em palestra proferida em 16 de maio de 1996, no Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo:

A Constituição de 1988 inova, assim, ao incluir, dentre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. Ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional.

Esta conclusão advém de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional. A este raciocínio se acrescentam o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais referentes a direitos e garantias fundamentais e a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais, o que justifica estender aos direitos enunciados em tratados o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais. Esta conclusão decorre ainda do processo de globalização, que propicia e estimula a abertura da Constituição à normação internacional — abertura que resulta na ampliação do "bloco de constitucionalidade", que passa a incorporar preceitos asseguradores de direitos fundamentais.

Logo, por força do artigo 5º, §§ 1º e 2º, a Carta de 1988 atribui aos direitos enunciados em tratados internacionais natureza de norma constitucional, incluindo-os no elenco dos direitos constitucionalmente garantidos, que apresentam aplicabilidade imediata.

Enfatize-se que, enquanto os demais tratados internacionais têm força hierárquica infra-constitucional, nos termos do artigo 102, III, "b" do texto (que admite o cabimento de recurso extraordinário de decisão que declarar a inconstitucionalidade de tratado), os direitos enunciados em tratados internacionais de proteção dos direitos humanos detêm natureza de norma

constitucional. Este tratamento jurídico diferenciado se justifica na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Enquanto estes buscam o equilíbrio e reciprocidade de relações entre Estados-partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes, tendo em vista que objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados. Este caráter especial vem a justificar o status constitucional atribuído aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos.

Assim, a exemplo do que ocorre em Portugal, podemos dizer que o princípio do não retrocesso social ou princípio da proibição da evolução reacionária, (que também existe no Direito Brasileiro) não é um princípio constitucional expresso, mas contribui para a densificação das normas e princípios constitucionais referentes aos direitos econômicos, sociais e culturais, pode e deve ser incluído no parâmetro constitucional como princípio concretizante do Estado de direito, estando inserido dentro do bloco de constitucionalidade.

Os tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil seja signatário, que "são imediatamente aplicáveis", por força do estatuído nos art. 5º e 17 da CF, têm estatura constitucional, integrando, pois, o bloco de constitucionalidade. Com efeito, como leciona Valério de Oliveira Mazzuoli (2007, p. 32):

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 (art. 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 de 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". O art. 5º, § 2º da CRFB, ao efetuar a incorporação dos tratados, atribuiu aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional.

Podemos dizer, também, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (nos casos de competência específica do Colendo STF como intérprete final da Constituição) também integra o bloco de constitucionalidade, na medida em que constitui uma interpretação das normas constitucionais.

É exatamente por isso que doutrinadores nacionais e estrangeiros explicam que não há um conceito único de Constituição, afirmando a existência de uma pluralidade de acepções, dando ensejo à elaboração teórica do conceito de bloco de constitucionalidade (ou de parâmetro constitucional), cujo significado — revestido de maior ou de menor abrangência material — projeta-se, tal seja o sentido que se lhe dê, para além da totalidade das regras constitucionais meramente escritas e dos princípios contemplados, explícita ou implicitamente, no corpo normativo da própria Constituição formal, chegando, até mesmo, a compreender normas de caráter infraconstitucional, desde que vocacionadas a desenvolver, em toda a sua plenitude, a eficácia dos postulados e dos preceitos inscritos na Lei Fundamental, viabilizando, desse modo, e em função de perspectivas conceituais mais amplas, a concretização da idéia de ordem constitucional global.

Um Direito Constitucional moderno e com vocação de transcendência histórica tem que reconhecer a importância e o prestígio do bloco de constitucionalidade, que se impõe como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988.

3.2 Tratados de Direitos Humanos como “cláusulas pétreas” constitucionais

Com todo esse anseio protetivo e aparato legislativo em torno dos Tratados Internacionais como integradores de direitos humanos, não podemos deixar de analisar a harmonia destes com o ordenamento jurídico interno brasileiro. O legislador ao tratar do tema não foi cuidadoso, não obstante a melhor intenção, ou seja, elevar à hierarquia constitucional os tratados internacionais formalmente constituídos assunto já observado. A problemática surge na hipótese de um tratado internacional se mostrar divergente de nossa legislação interna, sendo este mesmo tratado aprovado no congresso pelo *quorum* qualificado, não obstante nutro da opinião que em razão da matéria não seria necessário a aprovação qualificada.

Ao admitir a natureza constitucional a todos os tratados de direito humanos, devemos observar que estes tratados vêm internalizar maior quantidade de direitos e garantias individuais, integrando todos no chamado “bloco de constitucionalidade”. Os direitos e garantias individuais estão presentes em todo o nosso ordenamento jurídico, e por força constitucional são chamados de “Cláusulas Pétreas”, sendo impassíveis de serem abolidos por emenda à Constituição. Estão previstas no art. 60, § 4º da CF/1988, que preceitua:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I – a forma federativa de Estado;

II- o voto direto, secreto, universal e periódico;

III- a separação dos Poderes;

IV- os direitos e garantias individuais.

Anote-se que, conforme a posição do STF ditada no julgamento da ADIn n.º 939/93, irreformáveis não são somente os direitos e garantias individuais previstos no art. 5º do Diploma Fundamental, mas quaisquer outros reconhecidos na Constituição da República. E

mais: segundo o entendimento do Min. Carlos Velloso, expresso nos autos da mesma ADIn, irreformável não é somente o núcleo dos direitos e garantias individuais, mas sim o de todos os fundamentais, sejam individuais, sociais, econômicos ou de solidariedade. Pensar diferente seria dar um caráter individualista a uma Lei Constitucional de cunho eminentemente social. O eminente ministro citado defende ainda, pelo texto da época, o caráter de cláusula pétrea dos direitos e garantias fundamentais veiculados por tratado internacional, por força do art. 5º, parágrafo 2º, da CF.

3.3 Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição Brasileira de 1988

O exame da constitucionalidade dos tratados internacionais foi estudado no Brasil por Celso de Albuquerque de Mello (1994), que partindo do raciocínio de que os tratados internacionais se encontram no mesmo grau de eficácia da lei, afirma que tais atos podem ser impugnados sob dois aspectos: “o de constitucionalidade extrínseca (ratificação imperfeita) e o de constitucionalidade intrínseca.” Para o professor do Rio de Janeiro, a inconstitucionalidade extrínseca teria lugar na hipótese de o Poder Executivo ratificar o tratado, sem submetê-lo à aprovação do Poder Legislativo, infringindo o preceito constitucional insculpido no art. 49, I, da Constituição da República de 1988. A inconstitucionalidade intrínseca, por sua vez, ocorreria através da violação da Constituição em face do conteúdo de alguma norma convencional. No Brasil, arremata o mestre, “a Constituição admite expressamente a apreciação pelo Judiciário da constitucionalidade dos tratados”.

Posição diversa não seria prodigiosa, pois vigora, acima de tudo, o princípio da supremacia da Constituição – arraigado definitivamente em nosso ordenamento – em razão da maior complexidade nas vias de alteração do texto constitucional. Admitir a prevalência da norma internacional quando contraposta a algum direito constitucionalmente previsto seria fato tão grave quanto partilhar a soberania ao arrepio e descumprimento da lei fundamental.

Os estudiosos dos direitos humanos, se por um lado ainda não conseguiram colher como gostariam os frutos por que tanto militam, certamente já obtiveram êxito em fincar raízes sólidas para o desenvolvimento do tema. A gênese dos direitos humanos está depositada na própria concepção de civilização. Não há, ao que parece, um marco inicial de sua existência. Como anota Cançado Trindade (1997, p. 17):

A idéia dos direitos humanos é, assim, tão antiga como a própria história das civilizações, tendo logo se manifestado, em distintas culturas e em momentos históricos sucessivos, na afirmação da dignidade da pessoa humana, na luta contra todas as formas de dominação e exclusão e opressão, e em prol da salvaguarda contra o despotismo e a arbitrariedade, e na asserção da participação na vida comunitária e do princípio da legitimidade.

Os direitos humanos, portanto, passaram boa parte do tempo ao lado das idéias de valor, isto é, deixaram de sofrer um tratamento jurídico que viabilize a sua efetivação *in praxis*. Mas, apesar disso, foi na atmosfera do pós-guerra que os direitos humanos ganharam espectro de internacionalidade. Com o objetivo de enriquecer o assunto Piovesan (1996, p. 32 e 33) acrescenta:

Embora a idéia de que os seres humanos tenham direitos e liberdades fundamentais, que lhe são inerentes, há muito tempo tenha surgido no pensamento humano, a concepção de que os direitos humanos constituem

objeto próprio de uma regulação internacional, por sua vez, é bastante recente. (...) Muitos dos direitos que hoje constam do “Direito Internacional dos Direitos Humanos” emergiram apenas em 1945, quando, com as implicações do holocausto e de outras violações de direitos humanos cometidas pelo nazismo, as nações do mundo decidiram que a promoção de direitos humanos e liberdades fundamentais deveria ser um dos principais propósitos da Organização das Nações Unidas.

A partir de então, e mais especificamente, a contar da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, os direitos humanos desenvolveram nova e mais profunda extensão. O seu panorama passou a ser universal, não cabendo mais limites de fronteira. Passou-se a uma nova era, a era dos direitos humanos internacionais. De acordo com essa nova disciplina, os direitos humanos teriam sido promovidos à posição de idéia-vetor para toda comunidade jurídica.

Desse modo, de acordo com a novel concepção de direitos humanos, a soberania dos Estados passa a ser um tema secundário, e por isso, pode e deve ser questionada quanto ao seu caráter absoluto. Não há mais que se falar em soberania estatal quando o assunto em questão cuida de garantir os direitos fundamentais do ser humano. Assim, há prerrogativas inerentes a toda humanidade, que devem ser resguardadas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. Enfim, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, considerado uma nova disciplina autônoma, guarda seu postulado-guia na proteção do ser humano. O ordenamento jurídico deve adotar tal alinhamento como o norte de seu rumo. Não há barreira que obste essa idéia-mestra.

3.4 A Constituição de 1988 e a institucionalização dos Direitos e Garantias Fundamentais

Passa-se, no momento, à análise que consiste em saber se os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos têm poderes para derrogar o texto constitucional.

O problema, longe de ser hipotético, encontra discussão na vida forense. Basta ler o que ordena o inciso LXVII c/c § 2º do art. 5º da Constituição da República e art. 7º, item 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada pelo Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992.

Prevê o art. 5º, LXVII, da Constituição: “Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. O § 1º do art. 5º, ao seu turno, ordena: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Já o § 2º do mesmo dispositivo constitucional, declama: “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”. Finalmente, diz o art. 7º, item 7, do Pacto de São José da Costa Rica: “Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

Como se deduz da leitura do diversos dispositivos transcritos, há um conflito de fontes formais. Exsurge, melhor dizendo, uma antinomia que não pode se postergar, quanto mais se tratando de preceito constitucional. O problema está em encontrar qual a solução correta, ou ainda, descobrir o meio possível para compor o choque no caso posto.

O seu desenlace é extremamente delicado e fica resumido à alternativa perturbadora de optar entre afirmar a derrogabilidade da Constituição da República diante do advento de tratado internacional sobre direitos humanos, ou então, e por outro lado, só resta ver declarada a inconstitucionalidade do Pacto de São José da Costa Rica, na parte específica em que atine ao tema da prisão por dívida. Aí estão as duas teses que se contrapõem.

Como de praxe, têm-se correntes doutrinárias que divergem sobre o tratamento da questão. A primeira delas se filia à teoria que professa o predomínio dos tratados internacionais de direitos humanos sobre os dispositivos constitucionais. Alicerça-se essa corrente na idéia de que o objeto daquela disciplina específica se apresenta muito mais importante do que qualquer norma de direito interno – constitucional inclusive. Nesse raciocínio, o direito internacional dos direitos humanos encontra-se estruturado em uma esfera de supralegalidade que prescinde de eventual assimilação jurídica formal por parte dos Estados que compõem o panorama mundial. Em outras palavras, os também denominados direitos humanos internacionais têm, em síntese, aplicabilidade imediata e direta, porque não precisam ser internados por meio dos instrumentos indicados para a nacionalização dos acordos internacionais.

Na linha dos denominados internacionalistas, o que existe, na verdade, é uma proteção internacional dos direitos humanos. A supremacia dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos em face da Constituição é seguida fielmente por Flávia Piovesan, que sustenta o tema com fundamentos extraídos da própria Carta Política de 1988.

A autora chega mesmo a inovar no exame do problema, apontando a forma que lhe parece mais justa para compor o conflito entre o direito internacional e o direito interno. Em primeiro lugar, aponta para a novidade inserta na Constituição de 1988, que é a inclusão do preceito que obriga a observância e acato de outros princípios constitucionais fundamentais não previstos no § 2º do art. 5º, mas presentes em “tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. A partir daí, tomando como fundamento tal preceito no corpo do texto constitucional, Flávia Piovesan arquiteta sua tese.

Acrescenta, ainda, outro argumento que acorre o seu entendimento. Fazendo distinção entre Constituição em sentido formal e em sentido material, ela acaba por dizer que

os tratados internacionais enquadrados no art. 5º, § 2º, são verdadeiras normas constitucionais pelo conteúdo que trazem, quer dizer, pela matéria neles versada.

Ainda na linha dos internacionalistas, Flávia Piovesan (1996, p. 103) defende a incorporação automática dos Tratados Internacionais de Direito Humanos. Colhendo dados na doutrina de Antônio Augusto Cançado Trindade, a pesquisadora faz menção a uma passagem elucidativa de seu pensamento, ao transcrever a idéia de que “se para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação do Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar as suas disposições de vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais neles garantidos, consoante no artigo 5º, § 1º e § 2º da Constituição brasileira de 1988, passam a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno.”.

O assunto além de instigante é polêmico, sendo que nas diversas conferências internacionais a respeito do tema – objeto dos direitos internacionais dos direitos humanos – houve bastante discussão.

Parece mais atual, assim como razoável, o posicionamento de Portugal, segundo o qual “os direitos humanos” abarcam não só “os direitos positivos, concedidos pelos Estados aos seus cidadãos”, mas também os “direitos ancorados na natureza humana, que preexistem, na sua essência, aos Estados e aos Governos”. (...) Na origem da organização da nossa sociedade está o homem, com determinados direitos inalienáveis e imprescritíveis.

Aí está, em resumo, o pensamento da escola dita vulgarmente internacionalista. Como se podem observar seus adeptos, de modo geral, defende a supremacia dos tratados internacionais de defesa dos Direitos Humanos sobre as demais normas internas, inclusive as de cunho constitucional.

No outro extremo da controvérsia restam os doutores que defendem a supremacia constitucional. Até mesmo perante os tratados internacionais de direitos humanos.

De acordo com a segunda corrente, a norma constitucional guarda ínsita em si uma posição superior no quadro geral das normas jurídicas. A Constituição, ao tempo em que traça o perfil através do qual o Estado será organizado, exterioriza a soberania desse mesmo Estado em formação. E se a elaboração, ou melhor, alteração das normas constitucionais exige expedientes mais complexos, como é o caso do número mais elevado para a consecução de uma emenda constitucional, é um contra-senso pensar que preceitos alienígenas encontrarão maior facilidade para adentrar no direito positivo em tala constitucional.

Não se discute, nesse ritmo, a natureza universal ou relativa dos direitos humanos. Igualmente, os constitucionalistas passam ao largo em saber se os direitos humanos internacionais têm natureza universal ou histórica. Basta, para eles, examinar o texto constitucional, e através dele, formular um método de interpretação *secundum legem* que torne possível o ingresso de instrumentos internacionais aptos a defender os direitos humanos na ordem jurídica, posta a partir da prevalência da Lei Maior.

A idéia que rege tal posicionamento está na característica peculiar às constituições rígidas, que são, no geral, antipáticas a alguma idéia de normas supranacionais de aplicação imediata e de valor normativo equiparado ao poder jurídico de uma norma prevista no corpo de uma Constituição.

Em suma, essa segunda teoria não admite a derrogação da Constituição através de atos normativos de direito internacional. Ainda que tal ato tenha sido objeto de aval de determinado Estado, esse mesmo Estado poderá deixar de adotar a medida por ele anteriormente admitida, caso seja colocado em risco o poder soberano, quer dizer, caso tenha sido violada a sua Constituição.

Isso significa que, e esse inclusive é o nosso posicionamento, os tratados internacionais, inclusive aqueles atinentes aos direitos humanos, poderão fazer parte do ordenamento jurídico de um país, minudenciando, explicitando e expandindo os seus preceitos constitucionais. Todavia, jamais poderá estirpar do texto fundamental qualquer ordem nele contida. Não cabe falar em derrogação constitucional em face do advento de tratado internacional, seja ele de qual natureza for.

Parece que o Supremo Tribunal Federal consagrou a tese dos constitucionalistas quando julgou em 18/12/95 o Habeas Corpus n.º 73.151/RJ, relatado pelo Ministro Moreira Alves, cuja ementa em parte diz que: “- O Plenário do STF já salientou que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) não assegura, de modo irrestrito, o direito de recorrer em liberdade, ressalvando o disposto na Constituição e nas leis dos Estados-Partes.” (DJ de 19/04/96, p. 12216).

3.5 Princípio da razoabilidade e princípio da proporcionalidade como solucionadores do conflito entre normas

O controle judicial de leis sem razoabilidade é necessário e um instrumento que pode ser adequadamente utilizado para este fim é a invocação do princípio da proporcionalidade, o que se tem praticado no poder judiciário brasileiro, tanto em sede controle difuso de constitucionalidade como concentrado, contudo não há ainda uma sistematização da matéria.

Muita cautela, contudo deve ser adotada, vez que se por um lado se tem o controle amplo sobre os atos do poder legislativo por excesso ou abuso de poder na edição das leis, por outro que o tribunal não utilize critérios subjetivos para que não se tenha uma “oligarquia judiciária” como afirmou Aliomar Baleeiro (*apud* TOLEDO, 2000, p. 105-106).

Verificar se as restrições de direitos fundamentais, por exemplo, verificadas numa lei, foram realizadas com a observância dos requisitos formais da Constituição não é suficiente, cumpre analisar se as condições impostas se revelam incompatíveis com o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, avaliando os subprincípios deste, ou seja, adequação ou idoneidade e necessidade ou exigibilidade.

Essa conversão do princípio da reserva legal para o princípio da reserva legal proporcional pressupõe não só legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos e a necessidade de sua utilização.

Utilizado de diversas formas na decisão judicial, o princípio da proporcionalidade poder aparecer no seu sentido estrito como no genérico que são manifestações que apenas se aproximam deste princípio. Pode ainda ser utilizado como forma de limitação de atuação do Estado, aproximando-se do princípio da igualdade e da razoabilidade, bem como ser utilizado como limitação ao avanço do Estado sobre a esfera de liberdade individual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destarte, nota-se que o parágrafo 3º inserido pela sobredita Emenda Constitucional n.º 45/2004, traduz um avanço na ordem jurídica nacional concernente à proteção dos direitos humanos fundamentais. Observa-se que a Constituição Federal acolheu a tese do reconhecimento irrestrito dos tratados internacionais sobre os direitos humanos fundamentais, desde que devidamente referendados pelo Congresso Nacional, ou seja, após a aprovação, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

Anteriormente a doutrina afirmava que a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos fundamentais era automática, diferentemente do que ocorre com outros tipos de tratados e acordos internacionais, dependentes sempre de referendo congressional e ratificação governamental para sua eficácia interna. Porém, em face do § 3º, do art. 5º da Constituição Federal exige-se um *quorum* qualificado para referendo congressional dos tratados e convenções de direitos humanos fundamentais, para que tenham natureza constitucional formal, implicando em reconhecer que esses ajustes internacionais dependem, para ingressar no ordenamento interno referendo do Congresso Nacional e ratificação do Poder Executivo, concedendo maior efetividade e eficácia aos direitos humanos fundamentais.

Assim, se reconhece o avanço da natureza normativa que revestirá os tratados internacionais versados sobre direitos humanos fundamentais, desencadeado a partir da promulgação da Emenda Constitucional n.º 45, até mesmo porque são reconhecidamente supra-estatais não podendo ser considerados apenas como normas constitucionais.

Diferentemente do que ensinam José Afonso da Silva, Daniel Mesquita, Flávia Piovesan e Valério Mazzuoli, faz-se necessária a formalidade do processo de incorporação e, uma vez cumpridos os requisitos pelos tratados internacionais de direitos humanos fundamentais para serem aceitos como norma interna, passam a ter a grandeza de uma

emenda constitucional. Frise-se ainda que a opção de incorporação de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos fundamentais, nos termos do art. § 3º, do art. 5º, será discricionária do Congresso Nacional.

Conclui-se que a grande celeuma desta pesquisa está embasada diante da possibilidade de colisão entre normas hierarquicamente iguais e sua aplicação ao caso concreto, sendo necessário valer-se de princípios apaziguadores desta lide. Quando há a colisão entre normas hierarquicamente equiparadas o conflito se resolve através da aplicação do princípio da proporcionalidade (ou da ponderação de valores) através da conciliação ou transigência de princípios constitucionais.

O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade são os inibidores do abuso de poder do Estado e também o escudo de proteção na defesa dos direitos humanos. Não será relevante a superioridade de nenhum dos princípios contrapostos, mas, apenas, no caso concreto, a interpretação irá sopesar o conflito e escolher a melhor solução para aquela situação específica.

Destarte, resta-se, quanto ao presente tema, aguardar o posicionamento jurisprudencial e doutrinário, com o objetivo de concretização da Constituição e o anseio no comprometimento do Estado Democrático de Direito na efetivação dos direitos fundamentais, encarando a análise dos direitos humanos à luz de sua complexidade e contemporaneidade.

REFERÊNCIAS

- ACCIOLLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988)*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição Federal*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 2005.
- _____. Emenda à Constituição n. 45, de 30 de dezembro de 2004. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 5 abr. 2007.
- _____. Supremo Tribunal Federal HC n 73151/RJ DJ 19.04.1996.
- _____. Supremo Tribunal Federal. RHC n. 79.785. DJ 22 nov. 2002. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/279166.htm>. Acesso em: 14.10.2007
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição federal anotada*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CAMARGO, Marcelo Novelino. *Direito Constitucional para Concursos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol 1. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1997.
- BARROSO. Cf. LUIZ ROBERTO. IN: *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*. Disponível em: www.jus.com.br. Acessado em: 2 junho de 2007.
- DALLARI, Pedro. *Constituição e relações exteriores*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. v. 1. 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 de Janeiro: Forense, 1998.

Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. Disponível em: <http://www.jus.com.br/>. Acesso em: 02 de setembro de 2007.

HENKIN, Louis; PUGH, Richard; SCHACHTER, Oscar; SMIT, Hans. *International law: cases and materials*. 3th. ed. Minnesota: West Publishing, 1993.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Internacional Público*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito constitucional internacional*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOURÃO, Priscila Pádua. Depositário infiel. *Revista Consulex*. Brasília, v. 1, n. 26, p. 38-41, fev. 1999.

P. 7 do voto. Disponível em: ww.stf.gov.br/Jurisprudencia/It/FrameDown.asp?classe=ADI&processo=939&Origem=IT&recurso=0&TIP_JULGAMENTO=&CodClasse=504&Ementa=1737&tipo_colecao=EMENTARIO". Acesso em: 04 de novembro de 2007.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de direito internacional público*. 3. ed. rev. e ampl. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

PIOVESAN, Flávia. A constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. IN: *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PIOVESAN, Flávia. A Universalidade e a Indivisibilidade dos Direitos Humanos: Desafios e Perspectivas. IN: *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PIOVESAN, Flávia; IKAWA, D.R. O Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro. IN: *A nova ordem mundial e os conflitos armados*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

REZEK, Francisco. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SANT'ANA, J.C.F. *O Brasil e a Execução de Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. IN: *Os novos conceitos de novo direito internacional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, a reforma do Judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: notas em torno dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, n. 1, p. 59-88, jan./mar. 2006.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3 ed. rev. ampl. e atualizada. São Paulo: Malheiros, 1998.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.