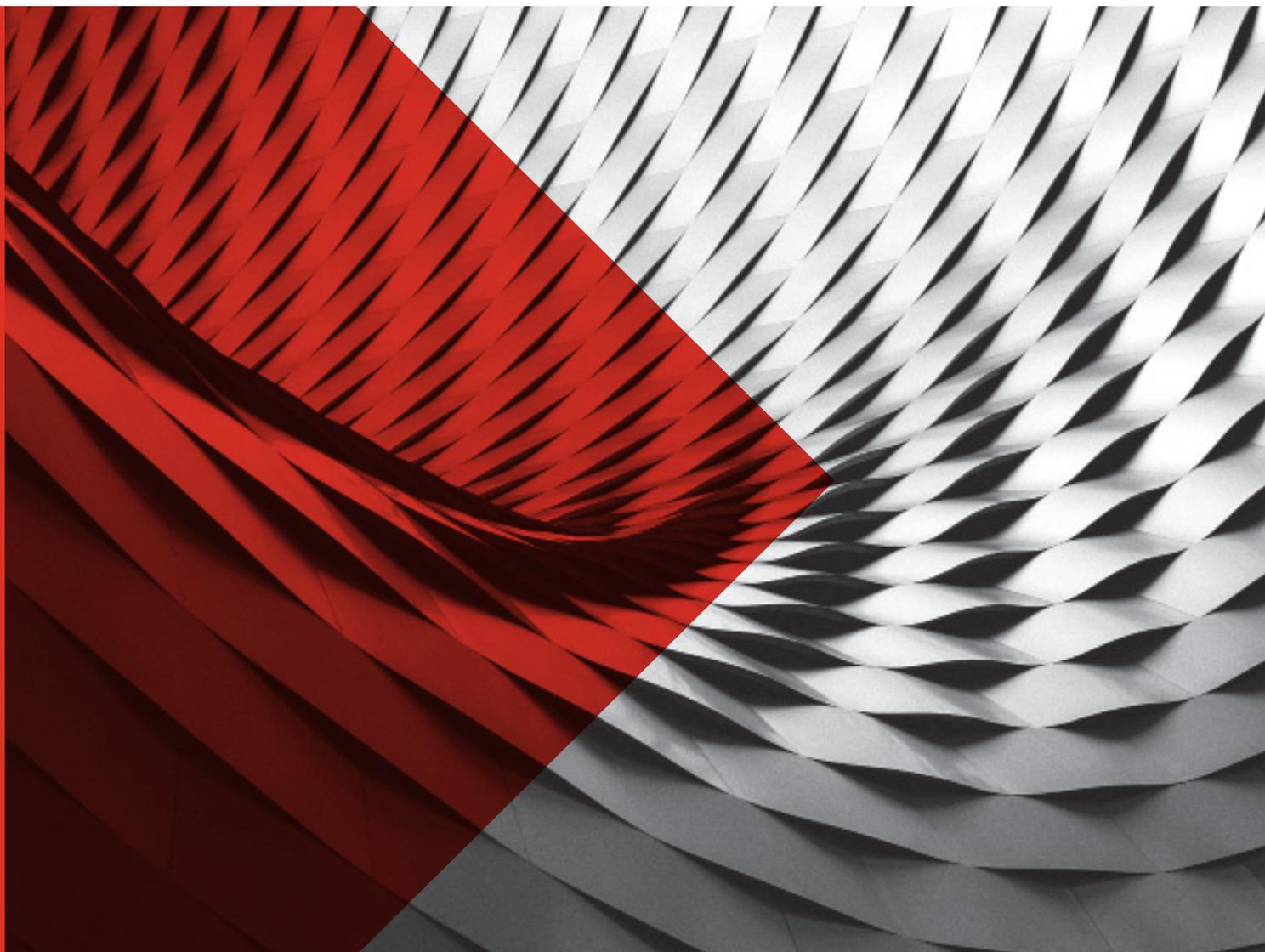


# A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS ELECADOS EM TRATADOS

---

JOÃO HÉLIO FERREIRA PES



**UNIVERSIDADE DE LISBOA  
FACULDADE DE DIREITO**

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS  
ELENCADOS EM TRATADOS**



**João Hélio Ferreira Pes**

Relatório final apresentado no Curso de Formação Avançada para o Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas, na disciplina Direito Constitucional, sob a regência do Professor Doutor Jorge Miranda, ano letivo 2007/2008.

LISBOA  
2009

## SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO.....	05
CAPITULO I - DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	08
1.1 Direitos Humanos: aspectos históricos.....	08
1.2 Concepções de Direitos Humanos.....	12
1.3 Definição de Direitos Fundamentais.....	19
1.4 Caracterização de fundamentalidade.....	23
CAPITULO II - O PRINCÍPIO DA “NÃO TIPICIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS” E O PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO.....	28
2.1 Clausula aberta na Constituição brasileira.....	28
2.2 A “não tipicidade” no direito comparado.....	33
2.3 O processo de constitucionalização.....	38
2.3.1 A constitucionalização formal de direitos fundamentais.....	38
2.3.2 A constitucionalização material de direitos fundamentais.....	43
CAPITULO III - A RECEPÇÃO DOS TRATADOS E A HIERARQUIA DAS NORMAS.....	48
3.1 Características dos tratados de direitos humanos.....	48
3.1.1 A internacionalização das normas de proteção aos direitos humanos.....	48
3.1.2 Conteúdo dos tratados internalizados no Brasil.....	53
3.2 A recepção no ordenamento jurídico brasileiro.....	58
3.3 A recepção no direito comparado.....	64
3.4 Hierarquia entre as normas constitucionais brasileiras e normas oriundas de tratados.....	66
3.4.1. Hierarquia no Brasil.....	66
3.4.2 Hierarquia no direito comparado.....	72
CAPITULO IV - A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS ELENCADOS EM TRATADOS RATIFICADOS PELO BRASIL.....	80
4.1 A evolução jurisprudencial brasileira sobre a internalização de tratados de Direitos Humanos.....	80
4.2 Nova interpretação das Convenções internacionais sobre prisão por dívida: um novo paradigma.....	86

4.3 A Inclusão do §3º no art. 5º da Constituição brasileira: avanço ou retrocesso na Constitucionalização de Direitos Humanos?.....	95
4.3.1 A possibilidade de constitucionalização formal pelo §3º do art. 5º..	95
4.3.2 As objeções ao §3º do art. 5º.....	101
4.3.3 A inconstitucionalidade.....	105
4.3.4 Avanço ou retrocesso?.....	109
CONCLUSÕES .....	115
BIBLIOGRAFIA .....	121

## NOTAS DE LEITURA

1. O presente relatório segue a língua portuguesa como é usada no Brasil, tanto em relação às regras gramaticais, quanto ao uso de termos jurídicos.
2. Algumas expressões quando grafadas em língua estrangeira ou na língua portuguesa de Portugal são apresentadas em *itálico* ou entre aspas, como exemplo a palavra “acção”.
3. As obras citadas em nota de rodapé são referidas pelo nome do autor, título e páginas correspondentes à citação; em relação àquelas que possuem título e subtítulo somente o primeiro será referido nas notas, constando os dados completos da bibliografia no final do trabalho, sem prejuízo de algumas exceções.
4. Não se fez opção por referência resumida das obras em nota de rodapé, em nome de uma maior facilidade de identificação dos trabalhos citados.
5. Quanto as jurisprudências citadas no texto constam o número do processo e o respectivo tribunal, constando em nota de rodapé o endereço na Internet onde as mesmas podem ser consultadas.

## INTRODUÇÃO

O tema deste trabalho, “A constitucionalização de Direitos Humanos elencados em tratados”, foi definido a partir do contato pessoal com o Professor Doutor Jorge Miranda, no Curso de Formação Avançada para o Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas, na Universidade de Lisboa, no ano de 2008, tendo por motivação o estimulante debate existente acerca dessa matéria, notadamente no Brasil, após a inclusão do §3º no artigo 5º na Constituição brasileira, que possibilita a constitucionalização formal dos tratados de direitos humanos.

O atual processo de universalização (globalização, mundialização) comunicativa, cultural e econômica acaba gerando, em âmbito mundial, uma maior aproximação entre os indivíduos e uma conseqüente inter-relação entre os mesmos. Frente a essa situação, torna-se clara a necessidade de normas que garantam os direitos do homem e rompam com os limites impostos pelos ordenamentos internos, passando a ter alcance internacional, visando, assim, à efetividade dos direitos da pessoa humana, e não apenas os direitos dos cidadãos nacionais.

A par dos interesses que essa nova realidade social apresenta, faz-se necessário que os Direitos Humanos tenham sua eficácia e aplicação garantida, já que esses direitos são conceituados como aqueles que derivam das necessidades básicas e comuns às mais diversas sociedades. Dessa forma, a interpretação sistemática das normas constantes em tratados e convenções internacionais deve ser feita de forma a harmonizar-se com o ordenamento jurídico brasileiro, buscando, com isso, privilegiar a dignidade humana acima de todo e qualquer limite imposto internamente, tendo em vista que o princípio da Dignidade Humana não deve ser obstaculizado por normas e procedimentos capazes de retirar o mérito e a importância desses direitos universalmente consagrados em âmbito internacional.

Assim, nesta investigação, delimita-se o tema com a abordagem dos §§ 2º e 3º, do Art.5º, da Constituição Federal brasileira, este último trazido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, à luz da doutrina e da jurisprudência,

efetuando-se, ainda, análise comparativa com outras constituições, especialmente a Constituição da República Portuguesa

Após abordar a questão polêmica da hierarquia das normas de Tratados Internacionais e Convenções de Direitos Humanos, analisando-se o processo de constitucionalização material ou o princípio da não-tipicidade dos direitos fundamentais, previsto no § 2º do artigo 5º da Carta Republicana brasileira, enfrenta-se o problema formulado inicialmente que consiste em verificar se ocorreu avanço ou retrocesso na constitucionalização de Direitos Humanos elencados em tratados, com a introdução do §3º no Art. 5º da Constituição.

Verifica-se, de fato, que, das duas hipóteses inicialmente apresentadas, a primeira – de que seria um retrocesso – e a segunda – de que seria um avanço – a conclusão da investigação é no sentido de apontar uma terceira solução, qual seja: de que o processo de constitucionalização formal dos tratados de direitos humanos, verificado com a inclusão do §3º do artigo 5º na Constituição brasileira, foi um retrocesso quanto à exigência de quorum especial (o mesmo das Emendas Constitucionais) para dar equivalência formal às normas constitucionais, sendo que o §2º do art. 5º estabelece “cláusula aberta” que reconhece a fundamentalidade material desses direitos; portanto, criam-se duas categorias de normas oriundas de tratados de Direitos Humanos, uma “formal e materialmente fundamental” e outra, “(só)materialmente fundamental”. Por outro lado, foi um avanço por possibilitar uma ampla discussão sobre o tema alterando o posicionamento jurisprudencial, principalmente do Supremo Tribunal Federal, que até recentemente considerava de natureza “legal” os tratados de direitos humanos. Além disso, após a repercussão e discussão dessa mudança, o judiciário brasileiro está revisando seu posicionamento jurisprudencial.

Nesse contexto, o trabalho está estruturado em quatro capítulos. No primeiro capítulo, verifica-se o conceito de direitos humanos, passando pelos aspectos históricos e pelas concepções doutrinárias e filosóficas tradicionais e atuais da dignidade humana, além do conceito de direitos fundamentais e da caracterização de fundamentalidade dos direitos.

O segundo capítulo tem por objetivo a abordagem do princípio da “não-tipicidade dos direitos fundamentais” e do processo de constitucionalização. Verifica-se a cláusula aberta na Constituição brasileira, na Constituição portuguesa e em algumas constituições da Europa, África e América, para, logo a seguir, efetuar a análise dos processos de constitucionalização formal e material de direitos fundamentais.

O terceiro capítulo tem por escopo verificar a recepção dos tratados e convenções de direitos humanos e a hierarquia entre as normas constitucionais brasileiras e as normas oriundas desses tratados. Demonstram-se as características dos tratados de direitos humanos e o fenômeno da internacionalização das normas de proteção aos seres humanos, verificando o conteúdo e o processo de recepção dos tratados internalizados no Brasil, efetuando-se uma breve comparação com outros Estados, tanto no processo de recepção como no tratamento hierárquico entre normas de tratados e os ordenamentos jurídicos nacionais.

No quarto e último capítulo, inicialmente demonstra-se a evolução jurisprudencial brasileira sobre a internalização de tratados de Direitos Humanos, principalmente, as decisões do Supremo Tribunal Federal, logo em seguida, analisa-se o surgimento de um novo paradigma na jurisprudência brasileira a partir da nova interpretação das Convenções internacionais sobre prisão por dívida; posteriormente, aborda-se a Inclusão do §3º no art. 5º da Constituição brasileira para, por fim, avaliar-se a ocorrência de avanço ou retrocesso na Constitucionalização de Direitos Humanos.

Registre-se que não se pretendeu fazer análise exaustiva da vasta bibliografia relativa ao tema, em virtude da natureza deste trabalho. Assim, a prioridade para as citações foram as doutrinas portuguesa e brasileira, no que se considerou mais significativo para o tema, bem como a doutrina em língua estrangeira. A obra se baseou principalmente em análise doutrinária, fazendo-se uso de estudo jurisprudencial, notadamente do Supremo Tribunal Federal, com decisões que foram relevantes para as conclusões sobre a constitucionalização de Direitos Humanos elencados em tratados.

## CAPÍTULO I

### DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

#### 1.1 Direitos Humanos: aspectos históricos

Antes de verificar as várias concepções de “Direitos Humanos” e os atuais problemas jurídicos enfrentados pelos Estados quanto à constitucionalização<sup>1</sup> desses direitos, convém analisar os aspectos históricos mais remotos, porque qualquer conceito possui uma história que deve ser remontada para dela emergir o sentido verdadeiro das palavras definidoras.

Incontestavelmente, é somente na modernidade que surge a compreensão de que, apesar de nossas diferenças ideológicas, religiosas, culturais e raciais, somos integrantes de uma espécie única em todo o universo (espécie humana) e compomos o que se denomina “humanidade”.

Essa compreensão do pensamento humanista e sua universalização tem como fundamento a idéia de que todos os homens possuem dignidade, pelo simples fato de serem homens, independentemente de qualquer outra circunstância. Para Encarnación Fernandez<sup>2</sup>, essa idéia, da igual dignidade de todo ser humano, tem origem tanto no cristianismo como no estoicismo.

O cristianismo desenvolve a idéia do homem como imagem e semelhança de Deus, portanto, todos são dignos e iguais entre si. Tanto no Antigo como no Novo Testamento, é possível encontrar referências nesse sentido, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência – lamentavelmente renegada por muito tempo por parte das instituições cristãs e de seus integrantes durante a “Santa Inquisição” – de que o ser humano – e não apenas o cristão – é dotado de um valor próprio, intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento.

No estoicismo afirma-se a unidade universal de todos os homens, aparecendo a idéia de igual dignidade de todos os homens como algo prévio a

---

<sup>1</sup> O processo de constitucionalização será aprofundado no próximo capítulo. Para fins de compreensão dessa frase, entenda-se constitucionalização como a caracterização de regras e princípios como constitucionais independentemente de posituação.

<sup>2</sup> FERNANDEZ, Encarnación. Igualdad e derechos humanos. Madrid: Tecnos, 2003.

seu ingresso na sociedade e a necessidade de igual respeito a todos. No pensamento estóico, a dignidade era tida como a qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, no sentido de que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade, noção essa que se encontra, por sua vez, intimamente ligada à noção da liberdade de cada indivíduo, ou seja, o homem como ser livre e responsável pelos seus atos e por seu destino.

A noção de proteção ao homem é tão antiga que se perde no tempo. Há vários autores que se referem ao Código de Hamurabi<sup>3</sup> como marco histórico, no entanto, há os que sustentam que o marco histórico está nas normas de caráter religioso.

Praticamente todas as religiões atribuem à vida um caráter sagrado. No contexto das diversas religiões professadas pelo ser humano, ao longo dos tempos, é possível verificar a presença dos princípios que embasam os sistemas de proteção aos valores humanos.

Em caráter exemplificativo é possível, constatar tais princípios em religiões ou filosofias religiosas próprias do Oriente, como o Budismo, Confucionismo e Islamismo.

O Budismo, misto de religião e filosofia, é um código de condutas e atitudes que busca a plena realização do homem e a construção de uma sociedade pacífica. Seus mandamentos são referências diretas aos direitos humanos, como o primeiro que é: “a vida é o que há de mais sagrado. Não fazer mal a nenhuma criatura – nem outro ser humano, nem os animais devem ser prejudicados”<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Hamurabi (2067-2025), também chamado de Kamu-Rabi, foi o rei que fundou o império babilônico. Hamurabi para governar povos tão diferentes faz um Código de leis com 282 artigos. Esse que é o mais antigo documento jurídico que se conhece regula praticamente todos os aspectos da vida, desde comércio, família, propriedade, herança, etc. Inclui, também, o princípio de Talião: “dente por dente, olho por olho”, portanto, pode ser considerado o marco jurídico de proteção a alguns homens (veja a exclusão dos escravos) e assim, longe de ser associado a Direitos Humanos ( na sua acepção atual).

<sup>4</sup> GORCZEVSKI, Clóvis. Direitos humanos dos primórdios da humanidade ao Brasil de hoje. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005, p. 32

O Confucionismo prega o amor e o respeito ao próximo “não fazer a outrem o que não queremos que os outros nos façam”<sup>5</sup>. Uma de suas idéias fundamentais é que a natureza e o universo estão em harmonia e que isso deve aplicar-se também ao homem.

Ainda no campo religioso, prepondera a opinião de que o Islamismo (Muçulmanismo), apesar das restrições de alguns autores que defendem a incompatibilidade dessa religião com os Direitos Humanos, dá ampla sustentação à doutrina que fundamenta os Direitos humanos. Herkenhoff <sup>6</sup> lembra que o Corão prescreve a fraternidade ao propor a solidariedade para com os órfãos, os pobres, os peregrinos, os mendigos, os homens fracos, as mulheres e as crianças e ao condenar a opressão e pregar o direito de rebelar-se contra isso.

Na doutrina contemporânea, sobressai o entendimento de que na Antiguidade não existia a idéia de direitos humanos, haja vista que “Platão e Aristóteles consideravam o estatuto da escravidão como algo de natural”<sup>7</sup>. Entretanto, na Antiguidade Clássica, “o pensamento sofístico, a partir da natureza biológica comum dos homens, aproximou-se da tese da igualdade natural e da idéia de humanidade” e no pensamento estóico, “assume o princípio da igualdade um lugar proeminente: a igualdade radica no facto de todos os homens se encontrarem sob o nomos unitário que se converte em cidadãos do grande Estado universal”<sup>8</sup>.

No pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, verifica-se que a dignidade da pessoa humana dizia, em regra, com a posição social ocupada pelo individuo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade; daí poder falar-se em uma quantificação e modulação da dignidade, no sentido de se admitir a existência de pessoas mais

---

<sup>5</sup> D'ANGELIS, Wagner Rocha. As raízes dos direitos humanos: do princípio da liberdade à cidadania. *in* Os rumos do Direito Internacional dos direitos humanos: ensaios em homenagem ao professor Antonio Augusto Cançado Trindade. Tomo II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 120.

<sup>6</sup> HERKENHOFF, João Baptista. Curso de Direitos Humanos. V.1. A Gênese dos Direitos Humanos. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 38.

<sup>7</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Coimbra: Almedina, 7ª Ed., 4ª reimpressão, 2003, p. 380-381.

<sup>8</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 381

dignas ou menos dignas. Essa concepção é alterada a partir das formulações de Cícero, que desenvolveu uma compreensão de dignidade desvinculada do cargo ou posição social<sup>9</sup>.

A afirmação dos direitos humanos, até certo ponto, coincide com a própria evolução do homem, em face de que esta se dirige aos direitos humanos: “A noção de direitos inerentes à pessoa humana encontra expressão, ao longo da história, em regiões e épocas distintas.”<sup>10</sup>. Nessa evolução, destacam-se alguns momentos, fatos e documentos que registram a afirmação dos direitos humanos. Dentre esses, é necessário fazer referência à implantação das instituições democráticas em Atenas (com a participação popular nas funções governamentais - alguns séculos antes de Cristo)<sup>11</sup>; e prossegue nos séculos do início da era de cristo, com a república romana (criação de um sistema jurídico e controle recíprocos entre os diferentes órgãos políticos, bem como a Lei das XII Tábuas). Destacam-se também: a Declaração das Cortes de Leão<sup>12</sup> de 1188; a Magna Carta<sup>13</sup> de 1215; A Petição de Direito<sup>14</sup> de 1628; a Lei de “Habeas Corpus”<sup>15</sup> de 1679; a Declaração de Direitos de 1689<sup>16</sup>; a Declaração de Direitos do bom povo da Virginia<sup>17</sup> de

---

<sup>9</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 30 e 31.

<sup>10</sup> COMPARATO, Fábio Konder, A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

<sup>11</sup> Fato esse não admitido como precursor dos Direitos Humanos por autores como Canotilho (como visto acima) e referido positivamente por outros autores como Fábio Konder Comparato.

<sup>12</sup> A Declaração das Cortes de Leão, em 1188, na Espanha, deu-se contra o abuso da concentração do poder nas mãos de um rei e de um papa, ou melhor, era uma manifestação de repúdio à instituição de um poder real soberano.

<sup>13</sup> Redigida em latim bárbaro, a *Magna Carta Libertatum* (Carta Magna das liberdades, ou Concórdia entre o Rei João e os Barões para a outorga das liberdades da Igreja e do rei inglês) foi a declaração solene que o rei João da Inglaterra, dito João Sem-Terra, assinou, em 15 de junho de 1215, perante o alto clero e os barões do reino, para que os dois lados tivessem uma liberdade maior, mas não concedeu direitos ao baixo estamento, ao povo;

<sup>14</sup> De 07 de junho de 1628; a Petição de Direito podia receber solicitações distintas: tanto em nome de um particular, como também em nome do interesse coletivo. Tal Petição também previa expressamente, por exemplo, que ninguém seria obrigado a contribuir com qualquer dádiva, empréstimo ou benevolência e a pagar qualquer taxa ou imposto, sem o consentimento de todos, manifestado por ato do Parlamento – uma espécie de autorização parlamentar.

<sup>15</sup> O Habeas Corpus já existia na Inglaterra bem antes da Magna Carta, como mandado judicial em caso de prisão arbitrária, mas sem muita eficácia em virtude da falta de normas adequadas.

<sup>16</sup> A Declaração de Direitos ou Bill of Rights, ocorrida na Inglaterra, no século XVII, até hoje é um dos textos constitucionais mais importantes daquele país como do mundo, e significou uma

1776; Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão<sup>18</sup> de 1789; a Convenção de Genebra de 1864<sup>19</sup>; a Convenção da Cruz Vermelha<sup>20</sup> de 1880; os Documentos Internacionais da Sociedade das Nações ( de 1919 a 1945); Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); o Pacto sobre os direitos econômicos, sociais e culturais e o Pacto sobre os direitos civis e políticos, ambos adotados pela Assembléia Geral das nações Unidas, em 1966; a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica de 1969; a descolonização da África e da Ásia; e tantos outros.

## 1.2 Concepções de Direitos Humanos

A concepção dos direitos humanos como direitos subjetivos naturais deriva do jusnaturalismo racionalista. No âmbito do pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, a concepção da dignidade da pessoa humana, assim como a idéia do direito natural em si, passou por um processo de racionalização e laicização, mantendo-se, todavia, a noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade. Dessa concepção remanesce a constatação de que uma ordem constitucional, que consagra a idéia da dignidade da pessoa humana, parte do pressuposto de que o homem, em virtude tão-somente de sua condição humana e independentemente de outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado. Destacam-se, nesse período,

---

enorme restrição ao poder estatal, prevendo, dentre outras regulamentações o fortalecimento do princípio da legalidade, a liberdade da eleição dos membros do Parlamento e a vedação de aplicação de penas cruéis.

<sup>17</sup> O texto original era de George Naron. Os dois primeiros parágrafos da Declaração da Virgínia expressam com clareza os fundamentos do regime democrático: o reconhecimento de “direitos inatos” de toda a pessoa humana e o princípio de que todo poder emana do povo. Firma também os princípios da igualdade de todos perante a lei, rejeitando os privilégios e a hereditariedade dos cargos públicos, e da liberdade e o Tribunal do Júri.

<sup>18</sup> A consagração dos direitos humanos coube à França, em 26 de agosto de 1789, quando a Assembléia Nacional promulgou a referida Declaração, com 17 artigos, destacando-se os direitos da liberdade, da igualdade, da fraternidade, dentre outros.

<sup>19</sup> Inaugurou o que se convencionou chamar de Direito Humanitário, sendo um conjunto de leis e costumes de guerra, que visavam minorar o sofrimento soldados doentes e feridos, bem como de populações civis. Foi assinada em 22 de agosto de 1864 em Genebra, revista em 1907 e 1929.

<sup>20</sup> A convenção de Genebra transformou-se em 1880 na Comissão Internacional da Cruz Vermelha.

os nomes de Samuel Pufendorf, para quem mesmo o monarca deveria respeitar a dignidade da pessoa humana, bem como o de Immanuel Kant, cuja concepção de dignidade parte da autonomia ética do ser humano, considerando a autonomia como fundamento da dignidade do homem, além de sustentar que o ser humano não pode ser tratado como objeto.

Kant formula um imperativo prático: “age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”<sup>21</sup>. Na afirmação “o ser humano deve sempre ser visto como um fim em si mesmo” reside o “princípio da humanidade”. Nesse postulado kantiano em torno do “princípio da humanidade”, reside ainda hoje o cerne do conceito jurídico de ser humano: a) o ser humano nunca pode ser um simples meio, nem tratado como sendo um objeto: o ser humano encerra sempre um fim de si mesmo, assumindo-se como sujeito da História e do Direito, pois é “fundamento de todas as coisas”; b) o ser humano nunca se pode degradar a si próprio em simples meio ou coisa, nem ser degradado por terceiro à categoria de coisa ou mero instrumento: o princípio da humanidade vincula o ser humano perante si próprio e vincula todos os restantes ao seu respeito<sup>22</sup>.

A formulação do princípio de que o homem é sempre um fim em si mesmo, nunca sendo legítima a sua recondução a simples meio, envolve que a humanidade seja, ela própria, uma dignidade: ser tratado como um fim é a raiz da dignidade do homem. E a dignidade é um “valor interno absoluto” de cada homem: é na dignidade que se fundamenta o respeito que lhe devem todos os restantes seres racionais do mundo.

A concepção Kantiana de dignidade da pessoa encontrou lugar de destaque, entre outros, nos seguintes autores<sup>23</sup>: Fabio Konder Comparato<sup>24</sup>,

---

<sup>21</sup> KANT, Immanuel. Fundamentação DA Metafísica dos Costumes. Porto: Porto Editora, 1995, p. 66.

<sup>22</sup> OTERO, Paulo. Instituições Políticas e Constitucionais. Volume I. Coimbra: Almedina, 2007, p.209.

<sup>23</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 34.

<sup>24</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 19.

Fernando Ferreira dos Santos<sup>25</sup>, José Afonso da Silva<sup>26</sup> e Jorge Miranda<sup>27</sup>. É justamente no pensamento de Kant que a doutrina jurídica mais expressiva, ainda hoje, parece estar identificando as bases de uma fundamentação e, de certa forma, de uma conceituação da dignidade da pessoa humana.

Na condição de expoente do idealismo filosófico alemão do século XIX, Hegel acabou por sustentar uma noção de dignidade centrada na idéia de eticidade, de tal sorte que o ser humano não nasce digno, mas se torna digno a partir do momento em que assume sua condição de cidadão. Hegel afasta-se de Kant, entre outros aspectos, notadamente ao não fundar a sua concepção de pessoa e dignidade em qualidades inerentes a todos os seres humanos, além de não condicionar a condição de pessoa, sujeito e dignidade à racionalidade.

Atacando a idéia jusnaturalista de "estado de natureza", Hegel também ataca a doutrina dos direitos do homem como direitos naturais preexistentes à sociedade. A noção de "estado de natureza" como estado pré-político e pré-jurídico, apresenta-se destituída de qualquer sentido teórico e prático, uma vez que "a sociedade é a condição em que, unicamente, o direito tem sua realidade".

Afastando-se do conceito de "vontade individual", ou "vontade de todos", de matriz liberal, Hegel adere ao conceito de "vontade geral", mais sintonizado com os princípios de seu sistema filosófico, conferindo a tal conceito uma base objetiva, e não mais subjetiva, como fazia o jusnaturalismo. Assim, para Hegel, a vontade geral, em seu modo de exteriorização, passa por um processo de determinações históricas que transcende a ação dos indivíduos e seus projetos volitivos singulares. Como componente do mundo ético, a vontade geral não resulta de um postulado moral, mas emerge de uma comunidade objetiva de interesses que o movimento da realidade produz e impõe aos indivíduos,

---

<sup>25</sup> SANTOS, Fernando Ferreira. Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 20 e ss.

<sup>26</sup> SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *in* Revista de Direito Administrativo, vol. 212, 1998, p. 89-94.

<sup>27</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. 3ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000, p. 188.

independentemente da consciência e do desejo deles, embora muitas vezes se utilize desses "instrumentos" para sua concretização.

Na elaboração hegeliana, os direitos humanos não se confundem com as declarações que pretendem contê-los, com as idéias filosóficas que se propõem a fundamentá-los, com os valores a que eles se referem ou mesmo com as instituições nas quais se busca representá-los. Assim, sinteticamente, os Direitos Humanos são as lutas sociais concretas da experiência de humanização ou o ensaio de positivação da liberdade conscientizada e conquistada no processo de criação das sociedades, na trajetória emancipatória do homem.

Vários autores foram influenciados pela hegeliana dimensão histórico-cultural da dignidade, como por exemplo: Niklas Luhmann e Peter Häberle<sup>28</sup>. Tanto Kant como Hegel influenciam, ainda hoje, os autores e juristas que se debruçam sobre a temática da dignidade humana.

Ao abordar o fundamento ou a "razão de ser" dos Direitos Humanos é necessário contrariar<sup>29</sup> o pensamento de Norberto Bobbio. No texto "Sobre os fundamentos dos direitos do homem"<sup>30</sup>, apresentado como relatório no simpósio realizado em L'Aquila entre 14 e 19 de setembro de 1964, Norberto Bobbio sustenta que toda pesquisa sobre um fundamento absoluto dos direitos humanos é, enquanto tal, infundada. Nesse texto são apresentados três argumentos: em primeiro lugar, a expressão "direitos humanos" é muito vaga e mesmo indefinível; em segundo lugar, trata-se de uma categoria variável conforme as épocas históricas, por último, além de indefinível e variável, os direitos humanos formam uma categoria heterogênea. A discordância central refere-se à argumentação de ausência de fundamento dos direitos humanos.

Para Bobbio, não se pode fundar os direitos humanos nos valores supremos da convivência humana, porque tais valores não se justificam,

---

<sup>28</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 38.

<sup>29</sup> Quanto a esse conteúdo, discorda de Norberto Bobbio, também, Fabio Konder Comparato.

<sup>30</sup> BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 35-44.

assumem-se. É preciso considerar com veemência que o próprio homem é o fundamento de todos os valores.

Bobbio diz que não se pode dar fundamento absoluto a direitos historicamente relativos e no mesmo texto diz que há direitos “que não são suspensos em nenhuma circunstância, nem negados para determinada categoria de pessoas”<sup>31</sup> como, por exemplo, o direito de não ser escravizado e de não ser torturado. Esses são, portanto, direitos absolutos.

Assim, apesar do reconhecimento histórico de que o fundamento dos direitos humanos já foi, inicialmente, fixado como sendo “Deus”, posteriormente a “natureza” e a “propriedade”; passando pela “liberdade” (Kant) e pelo “bem estar” (Estado social), recentemente, uma das tendências marcantes é a convicção generalizada de que o verdadeiro fundamento de validade – do direito em geral e dos direitos humanos em particular – está na “dignidade humana”. A razão de ser dos direitos humanos não deve ser procurada na esfera sobrenatural da revelação religiosa, nem tampouco numa abstração metafísica – a natureza – como essência imutável de todos os entes no mundo. Se o direito é uma criação humana, o seu valor deriva, justamente, daquele que o criou. O que significa que esse fundamento não é outro senão o próprio homem, considerado em sua dignidade substancial de pessoa.

Após a 2ª Guerra Mundial ocorre a consagração da “dignidade humana” como fundamento máximo. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1948, afirma no art. 1º que “todos os seres humanos nascem livres e iguais, em dignidade e direitos”. As Constituições da Alemanha<sup>32</sup>, Itália<sup>33</sup>, Espanha<sup>34</sup> e Portugal<sup>35</sup> vão no mesmo

---

<sup>31</sup> BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 40.

<sup>32</sup> A Constituição da República Federal Alemã, de 1949, proclama solenemente em seu art. 1º: “A dignidade do homem é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é dever de todos os Poderes do Estado”.

<sup>33</sup> A Constituição da República Italiana, de 27 de dezembro de 1947, declara que “todos os cidadãos têm a mesma dignidade social” (art. 3º).

<sup>34</sup> Na Constituição Espanhola de 1978, “a dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos alheios são o fundamento da ordem política e da paz social” (art. 10).

<sup>35</sup> A Constituição Portuguesa de 1976 abre-se com a proclamação de que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.

sentido. A Constituição brasileira de 1988, por sua vez, põe como um dos fundamentos da República (onde fica clara a verdadeira razão de ser do Estado brasileiro) “a dignidade da pessoa humana” (art. 1º - III).

As concepções atuais sobre direitos humanos realçam a dignidade como fundamento não só dos direitos humanos, como do próprio sistema jurídico. Nesse sentido, Perez Luño, ao afirmar que “a dignidade da pessoa humana constitui não apenas a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações, mas implica também, num sentido positivo, o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo”<sup>36</sup>, quer dizer com clareza que todos os órgãos, funções e atividades estatais encontram-se vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-se-lhes um dever de respeito e proteção, que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-la.

Na concepção esboçada por Ingo Sarlet, estão presentes idéias defendidas por Kant e Hegel, naquilo em que não há contradição. O autor entende por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, e que venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável pelos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Hannah Arendt aponta que a Declaração dos Direitos do Homem significou o prenúncio da emancipação do homem, porque foi a partir daquele momento que ele se tornou a fonte de toda lei. Em outras palavras, o homem não estava mais sujeito a regras provindas de uma entidade divina ou assegurada meramente pelos costumes da história, mas havia se libertado de qualquer tutela e era dotado de direitos simplesmente porque era Homem<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> PEREZ – LUÑO, António E. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. 5ª. Ed. Madrid: Tecnos, 1995, pg. 318.

<sup>37</sup> ARENDT, Hannah. Origens do Totalitarismo. Parte 2, Cap 5, Seção 2, São Paulo:

A definição de direitos humanos como direitos que emanam do Homem ou de uma idéia de homem – isto é, de um ser abstrato e indefinível –, entretanto, opõe-se à condição humana da pluralidade, essencial à ação e à dignidade humana. Nesse sentido, o indivíduo isolado continua sendo homem, porém, ao separar-se do espaço público e da companhia de outras pessoas, ele não pode mais se revelar e confirmar sua identidade. De fato, na filosofia arendtiana, são as relações estabelecidas no espaço público com os diversos homens que representam a atividade dignificadora do ser humano. No espaço público, o homem iniciará relações únicas, marcadas por sua existência unívoca e iluminadas por suas particularidades. Nessa esfera, cada ação tem sua importância exatamente porque é fruto da atividade livre de cada indivíduo específico, revelando a identidade única e singular daquele que age. A ação política, advinda da liberdade e da singularidade de cada um, revela o seu agente aos demais, e confirma para si mesmo quem de fato ele é.

Alexy entende que o princípio da dignidade da pessoa humana, por força de sua própria condição principiológica, acaba por sujeitar-se a uma necessária relativização, quando se contrapõe à igual dignidade de terceiros. No entanto, admite, no âmbito de uma hierarquização axiológica, a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana no confronto com outros princípios e regras constitucionais, mesmo em matéria de direitos fundamentais<sup>38</sup>. Não significa a qualificação de princípio absoluto, mesmo prevalecendo sobre os demais; na definição de Alexy inexistem princípios absolutos.

Paulo Otero, na tese em que defende “Do Estado de direitos fundamentais ao Estado de direitos humanos”, afirma que, num Estado de direitos humanos, configurada a centralidade da pessoa humana viva e concreta e da sua inviolável dignidade em todo o sistema de direitos fundamentais em sentido material, torna-se óbvio que também os deveres fundamentais integrem a “Constituição do indivíduo ou da pessoa humana”: tal como os direitos humanos, igualmente os deveres fundamentais encontram o

---

Companhia das Letras, 2006. p. 324.

<sup>38</sup> ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 108-109.

seu fundamento último no ser humano e na sua dignidade<sup>39</sup>. A justificativa para essa tese é que a cada direito fundamental corresponde sempre uma pluralidade de deveres fundamentais, desde o dever de respeito ou de não violação até o dever de proteção e de concretização do respectivo conteúdo.

A concepção de Wagner D'Angelis<sup>40</sup> para os direitos humanos pressupõe um conjunto de direitos e garantias fundamentais comuns a todas as pessoas e grupos sociais, oponíveis ao poder político do Estado e também exigíveis desse mesmo poder, tanto em nível interno quanto internacional. Portanto, sobressaem de tal conceito quatro premissas: 1<sup>a</sup>. a de defesa das liberdades contra a opressão do Estado e a sua definição pela lei (tradição anglo-saxónica); 2<sup>a</sup>. a da afirmação dos direitos como comuns a todos os indivíduos, decorrentes da própria natureza humana, e por isso transcendentais ao Estado, a quem cabe reconhecê-los e garanti-los por lei, limitando-se o exercício dos mesmos às exigências sociais e do bem comum (tradição francesa-americana); 3<sup>a</sup>. a de que os direitos, sendo públicos – e não privilégio de alguns, exigem uma ordem social que assegure a plena realização de todos os seres humanos e grupos sociais, o que implica um dever do Estado de prestá-los e viabilizar a sua satisfação (tradição social); 4<sup>a</sup>. a do direito ao desenvolvimento com justiça social, através de mecanismos capazes de efetivar o acesso de todos – pessoas, grupos, povos e Estados – ao gozo e usufruto de todos os direitos, quer individuais quer coletivos, conferindo igualdade de participação nos destinos e bens nacionais e internacionais (visão solidarista).

### **1.3 Definição de Direitos Fundamentais**

A conceituação de Direitos Fundamentais é uma tarefa complexa. Qualquer definição de direitos fundamentais que almeje abranger de forma definitiva, completa, e abstrata, isto é, com validade universal, o conteúdo material, ou seja, a fundamentalidade material dos direitos fundamentais, está

---

<sup>39</sup> OTERO, Paulo. Instituições Políticas e Constitucionais. Volume I. Coimbra: Almedina, 2007, p. 537.

<sup>40</sup> D'ANGELIS, Wagner Rocha. As raízes dos direitos humanos... p.107-140.

fadada, no mínimo, a um certo grau de dissociação da realidade de cada ordem constitucional individualmente considerada.

Nesse sentido, Alexy<sup>41</sup>, ao criticar o conceito elaborado por Carl Schmitt<sup>42</sup>, afirma que é impossível ligar um conceito de direitos fundamentais com a concepção de Estado de direito burguês e liberal, porque existem outras concepções de Estado.

Alexy, ao se referir às propriedades que deve ter um direito para ser considerado um direito fundamental, elabora três concepções de direitos fundamentais: formal, material e procedimental<sup>43</sup>. O conceito formal de direitos fundamentais considera como sendo todos os direitos catalogados expressamente como tais pela própria constituição. Essa definição apresenta a vantagem de sua simplicidade, corroborada quando os direitos fundamentais aparecem compilados em um único catálogo, no entanto, essa definição fica esvaziada quando as constituições estabelecem direitos fundamentais por fora do catálogo.

A definição material está no sentido de que os direitos fundamentais são, em sua essência, direitos humanos transformados em direito constitucional positivo. É certo que um repertório de direitos fundamentais pode incluir mais direitos que aqueles que são anteriores e superiores ao direito positivo, quer dizer, mais direitos que aqueles direitos humanos que somente têm validade moral. Para Alexy, quando um catálogo de direitos fundamentais não inclui todos os direitos humanos é, necessariamente, deficiente. Além disso, reconhece que a definição de direitos fundamentais como direitos humanos, transformados em direito constitucional positivo, também tem suas debilidades, sendo a mais significativa a que deriva da indeterminação do conceito de direitos humanos.

O conceito procedimental de direitos fundamentais enlaça elementos formais e materiais. A resposta para a pergunta: “por que os direitos humanos

---

<sup>41</sup> ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoria de los principios. Bogotá: Universidad Ext. de Colômbia, 2003, p.25.

<sup>42</sup> Carl Schmitt afirma que “somente os direitos humanos liberais do indivíduo são direitos fundamentais em sentido próprio”. SCHMITT, Carl. Teoria de la Constitución. Traducion de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1982, p. 170.

<sup>43</sup> ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la ...p.21-39.

devem ser elevados ao nível da constituição mediante sua transformação em direitos fundamentais?”, pode auxiliar na compreensão do conceito procedimental. Por ter-se como preocupação a não afetação desses direitos e na tentativa de manter o parlamento engessado quanto a qualquer alteração desses direitos por decisão pouco representativa, transformam-se direitos humanos em direitos fundamentais. Assim, a definição procedimental é formal na medida em que a definição dos direitos que serão protegidos de uma maioria simples do parlamento é decisão do constituinte.

O Prof. Jorge Miranda entende por direitos fundamentais “os direitos ou as posições jurídicas activas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material”<sup>44</sup>, conseqüentemente, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material.

Todos os direitos fundamentais em sentido formal são também direitos fundamentais em sentido material<sup>45</sup>. Assim, toda a posição jurídica subjetiva das pessoas enquanto consagrada na Lei Fundamental (de forma expressa) define direitos fundamentais em sentido formal, por isso, a constatação óbvia de que, para além dos direitos fundamentais em sentido formal há os direitos que são só materialmente fundamentais.

Assim, há direitos fundamentais em sentido material que não o são formalmente, porque não estão incluídos no catálogo constitucional. O inverso também é verdadeiro para alguns doutrinadores, “poderá haver preceitos incluídos no catálogo que não constituam matéria de direitos fundamentais, e até porventura ‘direitos subjetivos’ só formalmente fundamentais”<sup>46</sup>.

Admitir que direitos fundamentais fossem em cada ordenamento aqueles direitos que a sua Constituição, expressão de certo e determinado regime político, como tais definisse, seria o mesmo que admitir a não consagração ou

---

<sup>44</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. 3ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000, p.7.

<sup>45</sup> Posição defendida por Jorge Miranda que é contestada por José Carlos Vieira de Andrade.

<sup>46</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, Coimbra: Livraria Almedina, 3ª Ed., 2004, p. 77.

a violação de direitos realmente fundamentais(ver exemplos da Europa nos anos 30 a 80 do século passado)<sup>47</sup>.

A distinção de direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material tem origem no IX Aditamento (emenda constitucional de 1791)<sup>48</sup> à Constituição dos Estados Unidos e encontra-se, expressa ou implícita, em diversas Constituições – entre as quais as portuguesas de 1911, 1933 e 1976 e a Brasileira (todas menos a de 1824).

Portanto, os direitos fundamentais são todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal<sup>49</sup>.

A doutrina brasileira (com honrosas exceções) considera irrelevante a natureza material dos direitos fundamentais, o que bem reflete a jurisprudência nacional, que até recentemente entendeu que os direitos fundamentais são apenas aqueles incorporados ao texto de uma Constituição escrita (como será demonstrado no último capítulo).

Os direitos fundamentais não se resumem àqueles tipificados na Constituição, quando ela própria contém “cláusula aberta” ou adota o princípio da não-tipicidade dos direitos fundamentais, admitindo que outros direitos, além daqueles que prevê, possam existir, seja em razão de decorrerem do regime e dos princípios que adota, seja em razão de decorrerem dos tratados internacionais como a própria Constituição do Estado brasileiro assim prevê (questão que será aprofundada no próximo capítulo).

---

<sup>47</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional...p.9.

<sup>48</sup> O texto que propicia tal interpretação é o seguinte: “ a enumeração de certos direitos na Constituição não deve servir para negar ou menosprezar outros direitos possuídos pelo povo” ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição... p. 76.

<sup>49</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 89.

#### 1.4 A caracterização de fundamentalidade

Historicamente duas teorias abordam de forma antagônica a razão de ser dos direitos fundamentais. A Teoria Jusnaturalista surge apresentando o fundamento dos direitos fundamentais em uma ordem superior universal, imutável e inderrogável. Já a Teoria Positivista busca fundamento na ordem normativa, enquanto legítima manifestação da soberania popular, sendo direitos fundamentais somente aqueles previstos expressamente no ordenamento jurídico positivado.

Diante dessa discussão, Norberto Bobbio com razão escreveu: “o mais importante é que os direitos humanos(fundamentais) sejam efetivados”. Os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrar sua plena realização como direitos positivos universais. A declaração Universal contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta dos direitos universais<sup>50</sup>.

Quanto à Fundamentalização, Alexy define que é a especial consideração que se dedica à proteção de certos direitos, que pode ocorrer tanto num sentido formal quanto num sentido material<sup>51</sup>.

Num sentido formal, a fundamentalidade gera as seguintes conseqüências: a) as normas que definem os direitos fundamentais são consideradas normas fundamentais, que se situam no ápice do ordenamento jurídico; b) por essa razão, sujeitam-se a procedimento especial de reforma; c) manifestam-se, em regra, como limites materiais ao poder de reforma; d) e, finalmente, vinculam imediatamente os poderes públicos. Já num sentido material, a fundamentalidade dá ênfase ao conteúdo dos direitos.

---

<sup>50</sup> BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

<sup>51</sup> ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 503 a 506.

A idéia de fundamentalidade decorre da circunstância de serem os diretos fundamentais elementos constitutivos da Constituição material. Só a fundamentalidade material pode fornecer suporte para a abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não positivados, direitos materiais mas não formalmente fundamentais conforme os art. 5º, § 2º da Constituição Brasileira (CF)<sup>52</sup> e art. 16, nº 1 da Constituição da República Portuguesa(CRP)<sup>53</sup>.

É tradição do constitucionalismo fixar por meio da Constituição formal o reconhecimento da fundamentalidade material, ao permitir a abertura material a outros direitos fundamentais não previstos expressamente pelo seu texto.

Do mesmo modo que há uma constituição formal e uma constituição material, pode-se conceber, igualmente, a existência de direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material.

Os direitos serão formal e materialmente fundamentais se, a par de sua relevância para o Estado e para a sociedade, eles estão incorporados a uma constituição escrita. Serão apenas formalmente fundamentais se estiverem, só por isso, inseridos num texto constitucional escrito, embora não representem importância para o Estado e para a sociedade. Serão (só)<sup>54</sup> materialmente fundamentais se, embora se revelando, por seu conteúdo, imprescindíveis para as estruturas básicas do Estado e da sociedade, não estiverem expressos na constituição.

Alexy reconhece<sup>55</sup> que a definição de direitos fundamentais como direitos humanos transformados em direito constitucional positivado apresenta uma debilidade significativa que consiste na dificuldade de conceituar direitos

---

<sup>52</sup> CF - Art. 5º... § 2º - 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.

<sup>53</sup> CRP - Artigo 16.º Âmbito e sentido dos direitos fundamentais. 1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.

<sup>54</sup> A expressão “só” aqui empregada significa que não serão, também, formalmente fundamentais.

<sup>55</sup> ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoria de los principios. Bogotá: Universidad Ext. de Colômbia, 2003.

humanos. O próprio Alexy em outro momento<sup>56</sup> conceitua direitos humanos, partindo da distinção entre esses direitos e os demais direitos. Aponta cinco marcas que distinguem os direitos humanos de outros direitos: Os direitos humanos são universais; morais; fundamentais; preferenciais; abstratos.

Quanto ao aspecto da universalidade, é importante ressaltar que compreende não apenas a caracterização dos direitos do homem como ideal universal e, sim, a universalidade dos titulares, ou seja, que direitos do homem são direitos que cabem a todos os homens.

No tocante à caracterização dos direitos humanos como fundamentais, Alexy, quando esteve em Porto Alegre em 1998, na UFRGS, disse que os objetos dos direitos do homem devem tratar-se de interesses e carências que sejam tão fundamentais que a necessidade de seu respeito, sua proteção ou seu fomento se deixe fundamentar pelo direito. Assim um interesse ou uma carência é fundamental quando sua violação ou não-satisfação possa significar: 1º - “a morte” (relacionado ao direito à vida); 2º - a perda da “autonomia do ser”, (relacionado às liberdades de locomoção, opinião, etc.) e; 3º - “grave sofrimento”, (fere a dignidade da pessoa humana)<sup>57</sup>.

Robert Alexy sempre relatou problemas relacionados aos direitos fundamentais, que cabe serem referidos nesse momento. São os problemas epistemológicos, que dizem respeito a como esses direitos podem ser conhecidos ou fundamentados; os problemas substanciais, como esses direitos, devem ser reconhecidos, ou seja, que direitos são direitos do homem, e de que forma são fundamentais; os problemas institucionais, o artigo 28 da Declaração Universal dos Direitos do Homem diz que todo homem tem direito “a uma ordem social e internacional na qual os direitos e liberdades mencionados na presente declaração podem ser realizados”, isso pode ser compreendido como direito à institucionalização.

---

<sup>56</sup> ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, nº 217, p. 55-66, jul./1999

<sup>57</sup> No dia 09 de dezembro de 1998 o autor deste relatório participou da palestra proferida pelo Prof. Alexy, posteriormente a palestra foi traduzida por Luis Afonso Heck e publicada: ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, nº 217, p. 55-66, jul./1999.

Nesse contexto, pode-se observar o que Robert Alexy<sup>58</sup>, analisando nossa Constituição Federal de 1988, chamou de Colisão de Direitos Fundamentais, situação que ocorre quando o exercício ou realização de um direito fundamental acarreta conseqüências negativas sobre outros titulares de direitos fundamentais. O jurista alemão, para contornar o problema, criou uma Teoria de Direitos Fundamentais que, em apertada síntese, pode ser entendida da seguinte forma: consideram-se os princípios como 'mandados de otimização', que podem ser cumpridos em diferentes graus, dependendo das possibilidades reais e jurídicas sendo, portanto, possível existir uma ponderação entre princípios, em que um princípio será aplicado em menor grau do que outro princípio<sup>59</sup>.

Assim, a solução de conflitos ou tensões entre direitos fundamentais na teoria dos princípios é respondida pela hierarquização dos princípios conflitantes. Para realizar tal hierarquização, procede-se a uma ponderação racional ou argumentativa, feita num enfoque pragmático-argumentativo, indicando qual dos interesses em conflito ou tensão possui maior ou menor peso no caso concreto.

Portanto, para a caracterização da fundamentalidade ou para a configuração de uma definição de direitos fundamentais, devem ser considerados simultaneamente alguns elementos, como: a) Direitos fundamentais são direitos humanos; b) Direitos fundamentais são direitos considerados essenciais ao resguardo e à promoção da dignidade humana; c) Direitos fundamentais são direitos sujeitos à funcionalidade social.

O primeiro elemento está relacionado a uma concepção esboçada por Alexy. Os direitos fundamentais devem representar direitos humanos transformados em direito constitucional positivo.

Quanto ao resguardo e à promoção da dignidade humana, a essencialidade é característica que deve integrar o próprio conceito de direitos humanos.

---

<sup>58</sup> ALEXY, ROBERT. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. Revista de Direito Administrativo, nº 217, p. 67-79, jul./1999, p. 68.

<sup>59</sup> ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales... p. 86.

A funcionalidade social, a que se sujeitam os direitos fundamentais, expressa uma certa forma de compreensão da dimensão horizontal. A todo direito corresponde um dever, dever do estado na dimensão vertical e dever de cada um na dimensão horizontal. A compreensão dos direitos fundamentais em toda sua extensão e profundidade não prescinde da simultânea consideração dos deveres que lhes são inerentes.

## CAPITULO II

### O PRINCÍPIO DA “NÃO-TIPICIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS” E O PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO.

#### 2.1 Cláusula aberta na Constituição brasileira

A inserção do modelo aberto de proteção dos direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal Brasileira de 1988, pela inclusão da parte final do parágrafo 2º do artigo 5º<sup>60</sup>, durante o processo constituinte, representa um mecanismo legítimo de integração entre o direito interno e o direito internacional visando à proteção dos valores democráticos e à proteção da dignidade humana.

Essa inserção ocorreu num processo constituinte em que a participação popular e a pressão da opinião pública, com ampla mobilização dos movimentos sociais, legitimou a Assembléia Nacional Constituinte congressional que carecia de legitimidade, eis que não ocorreu uma ruptura com a estrutura autoritária do Estado. Assim, o povo brasileiro, diante de um processo lento de abertura política, fez da Constituição de 1988 o repositório de avanços democráticos e de garantia de direitos.

No entanto, a posterior falta de mobilização e a convivência com os resquícios do período autoritário provocaram problemas no campo da realização e concretização da nova e audaciosa ordem jurídico-constitucional<sup>61</sup>. Infelizmente, a presença de mutação interpretativa (§ 2º do art. 5º quanto aos direitos humanos de tratados) e de modificações textuais (por exemplo: art. 192, relativo à fixação de limite nas taxas de juros) fizeram com que direitos garantidos ou avanços positivados ficassem relegados.

---

<sup>60</sup> Parte final (grifado em itálico): Artigo 5º...§ 2º - “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes (...)dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

<sup>61</sup> LOUREIRO, Silva Maria da Silveira. A inserção do modelo aberto de proteção dos direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal brasileira de 1988. *in* Os rumos do Direito Internacional dos direitos humanos: ensaios em homenagem ao professor Antonio Augusto Cançado Trindade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 191.

Quanto à inclusão no ordenamento jurídico brasileiro do “princípio da não-tipicidade” ou de “cláusula aberta”, também denominada cláusula de “abertura material ou de inesgotabilidade dos direitos fundamentais”, é preciso ressaltar que a Constituição Federal, na redação do Art. 5º, parágrafo 2º, ampliou tal instituto jurídico que já constava nos textos constitucionais brasileiros desde 1891.

A redação na Constituição atual é a seguinte:

Artigo 5º...§ 2º - 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.

Portanto, comparando com a redação da Constituição anterior, a Emenda nº 01/69, que assim era redigida:

art. 153...§36: A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota,

conclui-se que a alteração na redação ocorre exatamente no tocante ao conteúdo objeto do presente trabalho, ou seja, a inclusão dos direitos humanos elencados em Tratados ao rol dos direitos fundamentais não tipificados.

Nas Constituições anteriores, com exceção da de 1824, sempre foi reconhecido o caráter aberto das normas que enunciam os direitos fundamentais, como pode ser observado nas suas redações:

A Constituição de 1891 estipulava, no seu art. 78:

art. 78: a especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna.

A Constituição de 1934, no art. 114:

art. 114: a especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros, resultantes do regime e dos princípios que ela adota.

A Constituição de 1937, no art. 123:

art. 123: a especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. (...).

A Constituição de 1946, no art. 144:

art. 78: a especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.

A Constituição de 1967, no art. 150, §35:

art. 150, §35: a especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.

A “cláusula aberta” dos direitos fundamentais nos termos da atual constituição brasileira admite considerar como direitos fundamentais certas situações jurídicas não previstas na Constituição (chamados de direitos fundamentais não enumerados). Portanto, com a adoção do “princípio da não-tipicidade dos direitos fundamentais” passam a ser também considerados direitos fundamentais aqueles que decorrem do regime democrático, dos outros princípios adotados pela Constituição brasileira e dos tratados de direitos humanos, bastando estarem consagrados em lei ou regras (inclusive de costume) nacionais ou internacionais reconhecidas pelo Estado brasileiro.

Assim, a Constituição brasileira aceita outros direitos além daqueles nela expressamente previstos. “Esses direitos não são aqueles que as normas formalmente constitucionais enunciam e, sim, aqueles que são ou podem ser também direitos provenientes de outras fontes, na perspectiva mais ampla da Constituição material”<sup>62</sup>.

O §2º do artigo 5º da Constituição Federal mostra que a enumeração dos direitos fundamentais é aberta, meramente exemplificativa, podendo ser complementada a qualquer momento por outros direitos, por meio de outras fontes. No mesmo sentido, referindo-se ao reconhecimento de direitos implícitos, Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que “a enumeração desses direitos não nega outros, é sempre exemplificativa, jamais taxativa”. concluindo que “este é o sentido da cláusula segundo a qual a especificação constitucional

---

<sup>62</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. Salvador: Ed. Podivm, 2008, p.617.

de direitos e garantias não exclui outros resultantes do regime e dos princípios adotados”<sup>63</sup>.

A origem dessa cláusula, incluída desde a primeira constituição republicana, tem como referencial histórico a Constituição dos Estados Unidos da América que ao receber o aditamento IX (9ª Emenda Constitucional), em 1791, fixou que a enumeração de certos direitos na Constituição não deve ser interpretado como denegação ou diminuição de outros direitos reservados ao povo.

No que concerne à “razão de ser” da cláusula aberta na Constituição brasileira, ou seja, quanto ao seu fundamento, os doutrinadores brasileiros, na sua grande maioria, não abordam tal questão. Dirley da Cunha Junior faz referência a Constituição Brasileira de 1988 de que esta “contém preceito expresso que admite a fundamentalidade material dos direitos fundamentais, *como conseqüência do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado* (CF, art. 1º, III)”<sup>64</sup> (grifo do autor citado). Nesse aspecto, faz-se necessário expressar uma pequena discordância. O fundamento da adoção ou permanência do “princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais” pela Constituição brasileira não reside na definição da dignidade da pessoa humana como princípio fundante do Estado brasileiro, porque bem antes da adoção desse princípio (art. 1º, III) a Constituição brasileira (1891) havia introduzido a “cláusula aberta”. É possível que a “razão de ser” ou de “estar na Constituição brasileira”, de tal instituto jurídico, esteja relacionada à influência do constitucionalismo americano na elaboração na primeira constituição após a implementação da república brasileira.

Kelsen, ao analisar texto constitucional norte-americano, aponta que ele consagra a doutrina dos direitos naturais: os autores da Constituição e de seus aditamentos terão querido afirmar a existência de direitos não expressos na Constituição, nem na ordem positiva. Assim, deduz-se das explicações de Kelsen que “os órgãos de execução do direito, especialmente os tribunais,

---

<sup>63</sup> FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. Direitos humanos fundamentais. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.30.

<sup>64</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. Salvador: Ed. Podivm, 2008 p. 617.

podem estipular outros direitos, afinal indiretamente conferidos pela Constituição”<sup>65</sup>.

Convém relembrar que, tratando-se de direitos fundamentais, conforme a concepção historicamente ligada ao jusnaturalismo, esses direitos são apenas reconhecidos pela ordem jurídica, pois já existentes.

Porém, não é consenso<sup>66</sup> o fundamento da cláusula aberta estar vinculado ao ideário jusnatural. O professor norte-americano Laurence Tribe<sup>67</sup>, ao analisar a cláusula do IX Aditamento, diz que a denominada cláusula de abertura não serve para criar novos direitos, consistindo numa instrução dada ao intérprete no sentido de não interpretar de forma negativa o silêncio da Constituição relativamente a direitos, como por exemplo: o fato de a Constituição nada dizer sobre o “direito de pôr fim à própria vida” ou sobre o “direito de recusar tratamentos médicos”, não impede a possibilidade de direitos como esses serem reconhecidos e protegidos como os direitos enumerados na Constituição.

A presença da cláusula de “abertura material” nas Constituições brasileiras até recentemente foi pouco observada, tanto pela doutrina como pela jurisprudência. A sua concretude, ou observância prática, muito deixou a desejar porque sempre predominou o entendimento de que os direitos fundamentais o são, enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas constituições formais. “Essa doutrina brasileira, refratária à natureza material dos direitos fundamentais, bem reflete a jurisprudência nacional<sup>68</sup>, que sempre entendeu que os direitos fundamentais são apenas aqueles incorporados ao texto de uma Constituição escrita”<sup>69</sup>.

---

<sup>65</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, tomo IV..., p. 12.

<sup>66</sup> Além de não ser consenso para Vieira de Andrade o sentido do preceito introduzido pelo IX Aditamento tem sido objeto de variadas interpretações. ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, Coimbra: Livraria Almedina, 3ª Ed., 2004, p. 76.

<sup>67</sup> Idéias de Laurence Tribe expressas sinteticamente na obra: ALEXANDRINO, José de Melo. Direitos fundamentais: introdução geral. Estoril: Principia, 2007, p. 52.

<sup>68</sup> Jurisprudência que está num recente processo de mudança como poderá ser observado no último capítulo.

<sup>69</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle Judicial das Omissões do Poder Público. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 612.

## 2.2 A “não tipicidade” no direito comparado

A constituição de Portugal de 1976, mantendo o que já estabelecia o art. 4º de sua Constituição de 1911, prevê, no art. 16º, nº 1. que “Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”.

A história da atual disposição constitucional portuguesa consagradora do princípio de não-tipicidade dos direitos fundamentais “mostra que se pretendeu enumerar as fontes de direitos fundamentais, não as limitando à Constituição escrita e estendendo-as às leis e às normas aplicáveis de direito internacional”<sup>70</sup>.

O princípio da *não-tipicidade* dos direitos fundamentais consagra-se no constitucionalismo português, assim como na maioria das constituições modernas, num contexto e numa preocupação de maior positividade. O peso do jusnaturalismo moderno que previa a existência de direitos não escritos vai cedendo espaço para o positivismo, e assim surge a afirmação de disposições constitucionais como as previstas na Constituição Portuguesa de 1911, artigo 4º<sup>71</sup>, que previa a existência de direitos fundamentais não enumerados resultantes da forma de governo estabelecida, dos princípios consignados ou de outras leis.

Jorge Miranda concorda com a possibilidade de apelidar-se o art. 16, nº 1, da Constituição da República Portuguesa de *cláusula aberta* ou de *não-tipicidade* de direitos fundamentais, porque não se verifica no texto constitucional um elenco taxativo de direitos fundamentais, pelo contrário, verifica-se “uma enumeração aberta, sempre pronta a ser preenchida ou

---

<sup>70</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, Coimbra: Livraria Almedina, 3ª Ed., 2004, p. 77.

<sup>71</sup> Constituição Portuguesa de 1911. Artigo 4º. A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma do governo que ela estabelece e dos princípios que consigna ou constam de outras leis.

completada através de novas faculdades para lá daquelas que se encontrem definidas ou especificadas em cada momento”<sup>72</sup>.

É, portanto, legítimo concluir que a ordem jurídico-constitucional portuguesa acautela e não exclui a existência de direitos fundamentais contidos em normas legais ou internacionais. “Haverá, assim, direitos fundamentais em sentido material que não o são formalmente, porque não estão incluídos no catálogo constitucional”.<sup>73</sup>

A abertura do sistema dos direitos fundamentais pode funcionar por outras vias que não a da cláusula aberta. José de Melo Alexandrino conceitua essa “abertura” como “todo o conjunto de fenômenos por intermédio dos quais possam ser criados, relevados, alargados ou ampliados outros direitos fundamentais”<sup>74</sup>, constituindo-se modalidades de abertura: a) A admissão de direitos fundamentais dispersos; b) A compreensão aberta do âmbito normativo das normas de direito fundamentais formalmente constitucionais; c) A possibilidade de descoberta jurisprudencial de direitos fundamentais junto de outras normas constitucionais (com apoio nas penumbras das normas de direitos fundamentais, no texto, na história e na estrutura da Constituição); e) o próprio aditamento (emenda) expresso de direitos fundamentais por revisão constitucional.

Doutrinadores portugueses<sup>75</sup> admitem que pessoas coletivas e entidades não personalizadas possam ser destinatárias de direitos fundamentais não formalmente constitucionais, ou seja, direitos fundamentais não tipificados. Tal possibilidade é concebida de forma condicionada à compatibilidade de tais direitos serem exercidos por tais pessoas ou das pessoas humanas que as integram. “As pessoas coletivas gozam de direitos

---

<sup>72</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, tomo IV..., p. 162.

<sup>73</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição..., p. 77

<sup>74</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. Direitos fundamentais: introdução geral. Estoril: Principia, 2007, p. 50.

<sup>75</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, tomo IV..., p. 165 e CANOTILHO, J.J. Gomes. O direito....p.421.

fundamentais que não pressuponham características intrínsecas ou naturais do homem como sejam o corpo ou bens espirituais”<sup>76</sup>

Não há consenso<sup>77</sup> entre os juristas em Portugal quanto à incidência do princípio da inesgotabilidade dos direitos fundamentais concernentes aos direitos económicos, sociais e culturais. Jorge Miranda explica, de forma clara, que, tratando-se de um Estado social de Direito (como é o Português), os direitos económicos, sociais e culturais podem e devem ser dilatados ou acrescentados para além dos que se encontrem declarados em certo momento histórico. Contrariando os argumentos daqueles que dizem ocorrer a compressão dos direitos de liberdade quando o Estado passa a intervir com direitos sociais, é necessário reafirmar que “Não há que temer pela liberdade: desde que não se perca, em nenhum caso, o ponto firme representado pelos direitos, liberdade e garantias assegurados pela Constituição, quanto mais solidariedade, mais segurança, e quanto mais condições de liberdade, mais adesão à liberdade”<sup>78</sup>.

Nos países de língua portuguesa é de destacar, além das constituições do Brasil e Portugal, as de Cabo Verde e Guiné-Bissau. A constituição desta, aprovada em 16 de maio de 1984 e revista em julho de 1999, assim dispõe sobre o princípio da não-tipicidade, no artigo 28: “Os direitos, liberdades, garantias e deveres consagrados nesta Constituição não excluem quaisquer outros que sejam previstos nas demais leis da República”. Por essa previsão, como está no título II que trata *Dos Direitos, Liberdades, Garantias e Deveres Fundamentais*, compreende-se, com clareza, a incidência de tal princípio.

Na constituição da República de Cabo Verde, de 23 de novembro de 1999, o Artigo 17º (Âmbito e sentido dos direitos, liberdades e garantias), assim dispõe: 1. As leis ou convenções internacionais poderão consagrar direitos, liberdades e garantias não previstos na Constituição; 2. A extensão e o conteúdo essencial das normas constitucionais relativas aos direitos,

---

<sup>76</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. O direito....p.421.

<sup>77</sup> Autores que criticam o art. 16º, nº 1, da CRP e se manifestam pela não incidência: Henrique Mota; Casalta Nabais. Autores favoráveis à aplicação: Jorge Miranda, J.J. Gomes Canotilho, Vital Moreira, Jorge Bacelar Gouveia e Paulo Otero.

<sup>78</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, tomo IV..., p. 166.

liberdades e garantias não podem ser restringidos pela via da interpretação; 3. As normas constitucionais e legais relativas aos direitos fundamentais devem ser interpretadas e integradas de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem; 4. Só nos casos expressamente previstos na Constituição poderá a lei restringir os direitos, liberdades e garantias.

A Constituição Italiana estabelece a cláusula aberta, não utilizando as expressões tradicionais para afirmar o princípio da não-tipicidade dos direitos fundamentais. Com razão, Jorge Miranda comenta<sup>79</sup> que a adoção dessa cláusula, no art. 2º<sup>80</sup>, aparece “menos claramente”. A previsão de que a República Italiana reconhece e garante os direitos invioláveis do homem significa que todos os direitos inerentes à pessoa humana podem ser considerados fundamentais e, ainda, que os destinatários dessa garantia e proteção são todos os homens independentemente de sua origem ou cidadania.

A Constituição Espanhola de 1978, por sua vez, no art. 10, nº 1<sup>81</sup>, define que são fundamentos da ordem política e da paz social a dignidade humana; os direitos invioláveis que lhe são inerentes; o livre desenvolvimento da personalidade<sup>82</sup>; o respeito à lei e aos direitos dos demais. Já no art. 10 n.º 2, estabelece verdadeira regra de interpretação. Chega a afirmar que: “As normas relativas aos direitos fundamentais e às liberdades que a Constituição reconhece se interpretarão de conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os tratados e acordos internacionais sobre as mesmas matérias ratificadas pela Espanha”; e no art. 96, n.º 1<sup>83</sup>, dita a regra de que “os

---

<sup>79</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. 3ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000, p. 163.

<sup>80</sup> Constituição Italiana. Art. 2º. “ La repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo,...”

<sup>81</sup> Constituição Espanhola de 1978. Artigo 10, nº 1. “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

<sup>82</sup> O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, oriundo do art. 29, nº 1, da Declaração Universal, em certo sentido, relaciona-se com o princípio da *não-tipicidade*.

<sup>83</sup> Constituição Espanhola de 1978. Artigo 96, nº 1. “1. Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno(...)”.

tratados internacionais, logo que publicados oficialmente na Espanha farão parte da ordem interna espanhola".

No texto fundamental da Venezuela, o artigo 50<sup>84</sup> dispõe que a enunciação dos direitos e garantias contidos na Constituição não se deve entender como negação de outros que, sendo inerentes à pessoa humana, não figuram expressamente nela. Esse mesmo artigo ainda prevê que a falta de leis que regulamentem esses direitos não impede o imediato exercício dos mesmos.

A Constituição do Peru de 1993, no Artigo 3º<sup>85</sup> previu que a enumeração de direitos ao abrigo do capítulo dos Direitos Fundamentais não exclui as outras garantias previstas na Constituição, nem os direitos e garantias de natureza semelhante ou que têm por base a dignidade humana, ou nos princípios de soberania do povo, no Estado democrático de Direito e na forma republicana de governo.

Na Constituição da Argentina, o artigo 33<sup>86</sup> prescreve a cláusula aberta com a definição de que as declarações, direitos e garantias enumerados na Constituição não serão entendidos como negação de outros direitos e garantias não enumerados que nasçam do princípio da soberania do povo e da forma republicana de governo.

As disposições constitucionais que reproduzem o princípio da inesgotabilidade dos direitos fundamentais aparecem em diversas Constituições<sup>87</sup> com pequenas variações no conteúdo, porém, tendo como eixo fundamental a definição de que "a enunciação de direitos contidos na

---

<sup>84</sup> Constituição da Venezuela. Art. 50. "la enunciación de los derechos y garantías contenida en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella".

<sup>85</sup> Constituição do Peru. Art. 3º. "La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno".

<sup>86</sup> Constituição da Argentina. Art. 33 "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno".

<sup>87</sup> Além das Constituições da América latina já referidas, ainda, nas Constituições da Costa Rica, art. 74º; República Dominicana, art. 10º; Equador, art. 19º y 44º; Guatemala, art. 04º; Honduras, art.63º; Nicaragua, art. 46º; Paraguay, art. 80º; e Uruguay, art. 72º.

Constituição não deve ser entendida como negação de outros que, sendo inerentes à pessoa humana, não figurem expressamente nela”.<sup>88</sup>

### **2.3 O processo de constitucionalização**

O professor Gomes Canotilho, em sua obra “Direito Constitucional e teoria da constituição”, define que “constitucionalização” é o fenômeno que consiste na incorporação de direitos nas constituições formais<sup>89</sup>. É preciso discordar dessa definição. A terminologia utilizada é inadequada para tal conceituação, porque é possível considerar também como ‘constitucionalização’ o fenômeno de reconhecimento dos direitos fundamentais não formalmente constitucionais (materialmente constitucionais) equivalente às normas constitucionais. Com essa compreensão, esse conteúdo será abordado nas próximas duas partes deste trabalho. Trata-se inicialmente da constitucionalização formal e, posteriormente, aborda-se a constitucionalização material dos direitos fundamentais.

#### **2.3.1 A constitucionalização formal de direitos fundamentais**

A constitucionalização formal dos direitos fundamentais significa a sua positivação, a sua incorporação na ordem jurídica positiva, seja no catálogo desses direitos (parte da Constituição em que se enumeram os direitos fundamentais), seja fora do catálogo (direitos dispersos no próprio texto ou fora do texto, a exemplo das Emendas Constitucionais brasileiras). Essa positivação dos direitos fundamentais torna-os protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) do direito constitucional.

Assim, são direitos fundamentais constitucionalizados formalmente todos aqueles direitos expressos no rol dos chamados direitos fundamentais, geralmente enumerados em artigos ou parágrafos localizados em capítulo

---

<sup>88</sup> NIKKEN, Pedro. “El Concepto de Derechos Humanos”. Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), “Antología Básica en Derechos Humanos”, San José Costa Rica : ed. IIDH, 1,994, p. 18.

<sup>89</sup> Canotilho denomina o processo de constitucionalização material, com base nas lições de Alexy, de fundamentalização. CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Coimbra: Almedina, 7ª Ed., 4ª reimpressão, 2003.

próprio, e ainda aqueles que devam ser considerados direitos fundamentais e estão previstos em preceitos constantes de outras partes da Constituição ou nos textos das Emendas Constitucionais (direito de aposentadoria integral previsto no art. 3º da Emenda Constitucional nº 47 de 05 de julho de 2005).

Os direitos fundamentais formais "*são aqueles direitos que o direito vigente qualifica de direitos fundamentais*"<sup>90</sup>. Desse modo, a formalidade decorre do simples fato de alguns direitos terem sido eleitos pelo Poder Constituinte Originário ou Derivado como direitos fundamentais e terem sido escritos na Constituição, passando esses direitos a assumir um *status* jurídico especial, com um regime jurídico próprio.

A inserção dos direitos fundamentais na Constituição faz com que eles sejam analisados em várias dimensões. Enquanto *normas fundamentais*, são colocados num grau superior da ordem jurídica; como *normas constitucionais*, estão submetidos a processos especiais de revisão constitucional; como *normas incorporadoras de direitos fundamentais*, passam, muitas vezes, a constituir limites materiais da própria revisão.

J. J. Gomes Canotilho aponta que a constitucionalização (no sentido formal) "tem como conseqüência mais notória a protecção dos direitos fundamentais mediante o controlo jurisdicional da constitucionalidade dos actos normativos reguladores destes direitos"<sup>91</sup>. É preciso frisar que a conseqüência referida incide também na constitucionalização material, conforme será demonstrado neste trabalho, quando será analisada a recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, ao proceder o controle difuso de constitucionalidade, reconhece a fundamentalidade de direitos humanos elencados em tratados, portanto, o controle jurisdicional da constitucionalidade não é privilégio apenas dos direitos fundamentais formalmente positivados.

Assim, a constitucionalização formal ou a "fundamentalização num sentido formal"<sup>92</sup> ocorre pela opção do constituinte originário de assim proceder

---

<sup>90</sup> HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da república Federal da Alemanha. Tradução de Luíz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 225.

<sup>91</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição...p. 378.

<sup>92</sup> Terminologia utilizada por Alexy e Canotilho.

e pela inserção de direitos pelo constituinte derivado via processo revisional ou reformador.

A constitucionalização formal processada pela atuação do constituinte derivado tem sido efetivada no Brasil, sendo que, recentemente, o rol dos direitos fundamentais foi ampliado pela emenda Constitucional nº 45, de dezembro de 2004, com a introdução do inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição que prevê a todos os destinatários dos direitos fundamentais o direito de um processo célere (princípio da celeridade processual).

O constituinte reformador também efetua o processo de constitucionalização formal quando inclui no texto da Emenda Constitucional dispositivo que institui direitos. São direitos constitucionais formais aqueles definidos em Emendas, ainda que esses direitos não fiquem expressos no corpo do texto constitucional, a exemplo dos direitos à aposentadoria (regras de transição) que estão elencados apenas nos textos das Emendas Constitucionais nºs 20, 41 e 47.

Os textos das emendas à Constituição, por outro lado, têm sido objeto de controle concentrado de constitucionalidade, quando tentam restringir, alterar ou extinguir direitos fundamentais, numa demonstração de que, além da possibilidade de constitucionalização formal, os “textos normativos das Emendas Constitucionais” são utilizados na tentativa (impossível) de desconstitucionalização de direitos fundamentais<sup>93</sup>.

Na Constituição portuguesa, os direitos fundamentais expressos estão elencados na parte I, nos Títulos I, II e III da Constituição da República Portuguesa. Os direitos fundamentais formalmente constitucionais fora do catálogo estão dispersos em vários artigos<sup>94</sup>, como por exemplo: o direito de

---

<sup>93</sup> A Emenda Constitucional nº 20 teve o seu artigo 14 considerado inconstitucional por interpretação conforme a Constituição Federal, sem redução de texto, tudo conforme (STF – Pleno – Adin nº 1.946/DF – Medida liminar – Rel. Min. Sydney Sanches). Disponível em <[http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(ADI\\$.SCLA.%20E%201946.NUME.\)%20OU%20\(ADI.ACMS.%20ADJ2%201946.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(ADI$.SCLA.%20E%201946.NUME.)%20OU%20(ADI.ACMS.%20ADJ2%201946.ACMS.)&base=baseAcordaos)>, acesso em 26.08.08.

<sup>94</sup> O artigo de oposição democrática (artigo 114º, nº 2) é referido por MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, tomo IV, p. 151 e GOUVEIA, Jorge Bacelar. Os direitos fundamentais atípicos. Lisboa: Editorial Notícias, 1995, p. 324. No entanto, discorda ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, Coimbra: Livraria Almedina, 3ª Ed., 2004, p. 85.

não pagar impostos inconstitucionais ou ilegalmente liquidados e cobrados (artigo 103º, nº 3); os direitos de participação política consagrados nos artigos 122º, 124º, nº 1, e 239º, nº 4 (direito de apresentação de candidaturas nas eleições presidenciais e locais), bem como, o direito ao recenseamento eleitoral (artigo 113º, nº2) e à liberdade de propaganda eleitoral (artigo 113º, nº 3, alínea a); o direito a participar na administração da justiça (artigo 207º); os direitos e garantias dos administrados previstos no artigo 268º; os direitos dos funcionários estabelecidos nos nº 2 e 3 do artigo 269º e no nº 3 do artigo 271º e os direitos dos trabalhadores referidos nos nº 7 do artigo 276º.

Para José Carlos Vieira de Andrade os conteúdos referidos dizem respeito a direitos de todas as pessoas, cidadãos ou trabalhadores que concretizam, reafirmam ou acrescentam direitos previstos na Parte I da Constituição e se revestem claramente de natureza análoga. “Os preceitos citados conferem posições jurídicas subjetivas individuais e permanentes, com a função principal e a intenção específica de proteger a liberdade e a dignidade das pessoas,(...)”<sup>95</sup>.

A Carta Magna brasileira enuncia no Título II um extenso catálogo de normas jurídicas definidoras de direitos e garantias fundamentais, sistematizados em cinco capítulos: (I) Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos; (II) Dos Direitos Sociais; (III) Da Nacionalidade; (IV) Dos Direitos Políticos e (V) Dos Partidos Políticos. Os direitos fundamentais individuais e coletivos estão elencados nos incisos I a LXXVIII do art. 5º. Frise-se, porém, que não é só no seu art. 5º que se encontram tais direitos. A Constituição de 1988 bem claramente se refere aos direitos e garantias expressos "nesta Constituição", ou seja, em toda a Carta Constitucional, de forma que podem ser encontrados no decorrer do texto constitucional outros direitos e garantias não expressamente inscritos no seu art. 5º. De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>96</sup>, trata-se de *cláusula pétrea*, por exemplo, aquela

---

<sup>95</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, Coimbra: Livraria Almedina, 3ª Ed., 2004, p. 85

<sup>96</sup> O STF decidiu que a Emenda Constitucional nº 3/93, ao pretender subtrair a garantia constitucional da esfera protetiva, estaria violando o limite material previsto no art. 60, § 4º, IV da Carta da República. É dizer, a EC nº 3, de 17 de março de 1993, que instituiu o IPMF, incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2º, do art. 2º que, quanto a tal tributo, não se aplica o art. 150, III, "b", e VI, da Constituição, por se tratar de garantia

garantia constitucional assegurada ao cidadão no art. 150, III, "b", da Carta de 1988, que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que tenha sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou (princípio da anterioridade em matéria tributária).

Em síntese, como decidiu o STF, "admitir que a União, no exercício de sua competência residual, ainda que por emenda constitucional, pudesse excepcionar a aplicação desta garantia individual do contribuinte, implica em conceder ao ente tributante poder que o constituinte expressamente lhe subtraiu ao vedar a deliberação de proposta de emenda à Constituição tendente a abolir os direitos e garantias individuais constitucionalmente assegurados"<sup>97</sup>.

Outros direitos fundamentais dispersos que podem ser referidos: o direito de greve dos servidores públicos (art. 37, VII) e os direitos sociais extensíveis aos servidores públicos (art. 39, § 3º); a liberdade de comunicação de conhecimento no exercício do magistério (art. 206, II); os direitos de solidariedade como o direito da comunicação social (art. 220) e o direito ao meio ambiente (art. 225).

É possível verificar que, além desses, há outros direitos fundamentais que se encontram dispersos de forma expressa pela própria Constituição; são definidos e identificados como direitos fundamentais formais. Além dos direitos fundamentais elencados nas Emendas Constitucionais, poder-se-ão acrescentar novos direitos constitucionais formalmente (sem estar incluídos no texto) a partir do procedimento previsto no §3º do artigo 5º da Constituição Federal, tema que é objeto de aprofundamento no último capítulo deste trabalho. No entanto, é possível encontrar, também, na Constituição Federal de 1988 inúmeros direitos e garantias que pelo seu conteúdo não seriam direitos fundamentais, mas que, por vontade do Poder Constituinte Originário, e mesmo

---

constitucional do cidadão (cf. ADIn n.º 939-7/DF, rel. Min. Sidney Sanches – medida cautelar, RTJ 150/68).

<sup>97</sup> Trecho do voto do Min. Celso de Mello, Serviço de Jurisprudência do STF, *Ementário*, n.º 1.730-10/STF.

do Derivado, se tornaram fundamentais quando ingressaram no texto constitucional<sup>98</sup>.

### **2.3.2 A constitucionalização material de direitos fundamentais**

O processo de constitucionalização que consiste em considerar direitos (materialmente) constitucionais como autênticos direitos fundamentais, sem, necessariamente, estarem expressos no texto da Carta Magna, implica terem esses direitos um tratamento jurídico de acordo com o prescrito, em geral, para todos os direitos fundamentais.

Assim, a caracterização dos direitos não expressos no texto (da própria Constituição ou das Emendas) como direitos com valor de norma constitucional tem como conseqüências (decorrentes desse processo de constitucionalização): 1-são protegidos pela constituição como normas supremas, portanto, prevalecem sobre as normas infra-constitucionais; 2-não podem ser abolidos (materialmente) por emenda constitucional, seus conteúdos não podem ser objeto de emendas tendentes à redução ou eliminação de direitos; 3-vinculam imediatamente os poderes públicos (legislativo, judiciário e executivo); 4-desfrutam de aplicabilidade imediata.

Portanto, os direitos materialmente constitucionais gozam de idêntica hierarquia e prestígio da Constituição – assim, quando em conflito com outros direitos fundamentais (formalmente constitucionais), resolve-se o caso pela mesma forma tradicional de solução de conflitos. Ressalte-se que, tratando-se de Direitos Humanos, aplica-se o princípio da norma mais favorável à pessoa.

A constitucionalização material ou, como preferem Alexy e Canotilho, “a fundamentalidade num sentido material”, dá ênfase ao conteúdo dos direitos. Se o direito, face ao seu conteúdo, é indispensável para a constituição e manutenção das estruturas básicas do Estado e da Sociedade, sobretudo no que diz com a posição nesses ocupada pela pessoa, ele é fundamental,

---

<sup>98</sup> Defendendo a tese de que poderá haver preceitos incluídos no catálogo constitucional que não constituam matéria de direitos fundamentais: ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, Coimbra: Livraria Almedina, 3ª Ed., 2004, p. 77.

independentemente de ser positivado. A idéia de constitucionalidade material pode estar ou não associada à de constituição escrita.

Necessário também distinguir os direitos fundamentais (materiais) dos direitos constitucionais, pois nem todos os direitos constitucionais são direitos materialmente fundamentais.

O regime jurídico dos direitos fundamentais não se aplica a qualquer direito constitucional. Alcança somente os fundamentais, sejam formais ou materiais. Os direitos constitucionais gozam de *status* próprio, o que não se confunde com o regime jurídico dos direitos fundamentais. Por exemplo, no caso do direito constitucional das sociedades cooperativas ao adequado tratamento tributário ao ato cooperativo por elas praticado (art. 146, III, "c" da CF/88), não se trata de um direito fundamental, o que não lhe retira o caráter de norma constitucional, somente podendo ser alterado pelo poder constituinte derivado e por meio de procedimento próprio.

Por outro lado, deve-se ter o cuidado de não querer transformar todo e qualquer direito em fundamental, valendo-se da abertura do sistema constitucional, para tentar atribuir mais força a direitos que não tratam de matéria fundamental.

Deve-se ainda ter cautela na busca por direitos fundamentais no ordenamento jurídico, no sentido de verificar, antes de eleger um novo direito fundamental, se determinada esfera jurídica já não está protegida por um direito fundamental mais geral. Eis que, já existindo proteção de uma determinada esfera jurídica por um direito fundamental mais genérico e amplo, torna-se desnecessário encontrar um suporte jurídico mais específico e genérico.

Não resta dúvida: se a Constituição protege uma esfera de liberdade maior, as liberdades "menores" estarão também protegidas pelo mesmo direito fundamental; não é necessário um direito fundamental específico, bastando uma interpretação racional de modo a alcançar a situação jurídica mais específica.

Paulo Otero, ao abordar o tema do perigo da abertura constitucional, faz ressalvas de que é compreensível que a cláusula aberta não pode converter-se

num mecanismo de destruição, esvaziamento ou adulteração da materialidade dos direitos fundamentais. “a constitucionalização de novos direitos fundamentais por via da cláusula aberta não pode traduzir uma manifestação da arbitrariedade do Estado como “dono” dos direitos fundamentais”<sup>99</sup>. Aponta como solução o fato de que a cláusula aberta pode proceder à constitucionalização de novos direitos fundamentais desde que à luz da respectiva conexão com a essência da natureza do ser humano e da sua dignidade inviolável. A legitimação e validade dos direitos fundamentais não se encontram no fato de serem criados pelo estado e nos termos da Constituição, assevera Paulo Otero, reforçando que: “antes a sua materialidade reside na referida conexão com a natureza do ser humano e sua dignidade inviolável”<sup>100</sup>.

A constitucionalização material prevista na Constituição da República Portuguesa, art. 16, n.º 1, possibilita que sejam consideradas como direitos fundamentais certas situações tão-só consagradas em lei ou em regras internacionais.

Como exemplos de direitos “extra-constitucionais”, constantes de leis portuguesas, pode-se citar: direito de recusa de exames e tratamentos hospitalares (artigos 80.º e 82.º do Estatuto Hospitalar); certos direitos dos reclusos (direito a visita); certos direitos dos estrangeiros (direito ao reagrupamento familiar). Exemplos de direitos fundamentais constantes de convenções internacionais: proibição da prisão por dívidas (art. 1.º do protocolo adicional n.º 4 à Convenção Européia dos Direitos do Homem); proibição de sujeição de qualquer pessoa a uma experiência médica ou científica sem o seu livre consentimento (artigo 7.º, segunda parte, do Pacto Internacional de direitos civis e Políticos de 1966)<sup>101</sup>.

O processo de constitucionalização material, tendo por base a cláusula aberta prevista na Constituição brasileira no art. 5.º, § 2.º, admite a fundamentalização daqueles direitos não previstos expressamente por ela, mas que, por força de sua essencialidade, ou seja, de conteúdo e importância, são

---

<sup>99</sup> OTERO, Paulo. Instituições Políticas e Constitucionais. Volume I. Coimbra: Almedina, 2007, p. 534.

<sup>100</sup> OTERO, Paulo. Instituições Políticas e Constitucionais..., p. 534

<sup>101</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. Direitos fundamentais..., p. 48-49.

direitos fundamentais equivalentes aos direitos formalmente constitucionalizados. A “não-tipicidade” de direitos fundamentais está presente no ordenamento jurídico brasileiro naqueles direitos que decorrem dos princípios constitucionais (identificados pelo conteúdo comum baseado no princípio da dignidade humana) e do regime democrático adotado pelo Estado brasileiro e, ainda, de normas oriundas de tratados de direitos humanos são internalizadas.

Os direitos fundamentais decorrentes dos princípios adotados pela Constituição são denominados por parcela significativa da doutrina brasileira como direitos fundamentais implícitos. São aqueles direitos que estão subentendidos nos princípios ou regras gerais de garantia formalmente expressos na Carta Máxima, como o direito à identidade pessoal.

Quanto à menção que faz a Constituição Federal aos direitos decorrentes do regime, que também são denominados de implícitos, é preciso considerar que “esses direitos não são nem explicita nem implicitamente enumerados, mas provêm ou podem vir a provir do regime adotado, como o direito de resistência, entre outros de difícil caracterização *a priori*”<sup>102</sup>.

A despeito de ser difícil mencionar exemplos de direitos fundamentais implícitos, em razão, principalmente, da extensão do catálogo de direitos expressamente previstos no texto constitucional, tem sido apontado, como um deles, o denominado direito de resistência. Enquanto a resistência, como direito fundamental explícito, se demonstra pela greve política (art. 9º), pela objeção de consciência (art. 5º, VIII, e art. 143, § 1º), e pelo princípio da autodeterminação dos povos (art. 4º, III), a resistência implícita combina com os princípios da dignidade da pessoa humana e do pluralismo político, como fundamentos do Estado Democrático de Direito, manifestando-se na desobediência civil e no direito à revolução.

A desobediência civil, como expressão do direito de resistência, “deve ser entendida como um mecanismo indireto de participação da sociedade, já que não conta com suficientes canais participativos junto às esferas do Estado,

---

<sup>102</sup> SILVA, Jose Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23ª. Edição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 193.

e precisaria deles para poder representar-se como ente político legítimo”<sup>103</sup>. Ou, de outra forma, o fenômeno da desobediência civil aparece quando os canais normais para mudanças do ato impugnado já não funcionam ou as queixas não serão ouvidas, nem terão qualquer efeito.

O direito de resistência está expressamente mencionado na Alemanha, na Lei Fundamental de Bonn, ao dispor no seu art. 20. 4, que: “Contra qualquer um que intente derrubar a presente ordem, todos os alemães têm direito de resistência quando não for possível outro recurso.” Também a Constituição Portuguesa, em seu art. 21 dispõe: “Todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública.”

No tocante à parte final do artigo 5º, § 2º, referente aos tratados de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte, a constitucionalização material, ou a fundamentalização desses direitos, é assunto complexo e polêmico. As teses principais em discussão no Brasil são de que os tratados de direitos humanos podem ser incorporados ao Direito interno brasileiro: 1. como Emenda Constitucional (CF, art. 5º, § 3º); 2. como Direito constitucional (posição doutrinária fundada no art. 5º, § 2º, da CF e, voto do Min. Celso de Mello (março de 2008) - HC 87.585); 3. como Direito supralegal e infraconstitucional (voto do Min. Gilmar Mendes no RE 466.343-SP).

Assim, quanto às duas primeiras posições há concordância de que os direitos humanos de tratados poderão ser constitucionalizados materialmente, passando a caracterizar-se como normas fundamentais, no entanto, a posição que considera direito supralegal e infra-constitucional não admite o processo de constitucionalização dessas normas. O aprofundamento dessas posições e o estudo pormenorizado desse tema será efetuado no último capítulo deste trabalho.

---

<sup>103</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito constitucional. 14ª edição. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 698.

## **CAPÍTULO III**

### **A RECEPÇÃO DOS TRATADOS E A HIERARQUIA DAS NORMAS**

#### **3.1 Características dos tratados de direitos humanos**

Os tratados de direitos humanos elencam normas que são oriundas do processo de internacionalização da proteção aos direitos do homem, por isso, inicialmente, é necessário verificar os aspectos históricos e relevantes da chamada internacionalização dos direitos humanos, para, posteriormente, analisar-se o conteúdo dos compromissos assumidos pelo Estado brasileiro frente à comunidade internacional e a subsequente internalização desses documentos no ordenamento jurídico nacional.

##### **3.1.1 A internacionalização das normas de proteção aos direitos humanos**

Os Direitos Humanos passam a ser objeto de preocupação dos Estados, de forma efetiva e objetiva, no campo legislativo, somente a partir da Idade Moderna, especialmente no período posterior aos eventos que envolveram movimentos sociais na emancipação dos Estados Americanos (colônias inglesas) e na denominada “revolução francesa” de 1789.

É incontestável que as Declarações do final do século XVIII, principalmente a francesa, tiveram um papel considerável no processo de internacionalização e, posteriormente, na internalização de direitos. Os Direitos Humanos fundamentados em normas jurídicas positivadas passaram a assumir um caráter universal, legitimando toda e qualquer sociedade. Nesse sentido, basta verificar a influência da Declaração francesa dos direitos do homem e do cidadão nas Constituições ocidentais, especificamente, no tocante ao previsto no art. 16 que dispõe: “toda Sociedade, na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação de poderes, não possui Constituição”<sup>104</sup>.

---

<sup>104</sup> LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 98.

As Constituições, principalmente as liberais clássicas, passaram a instituir a idéia fundamental de limitação da autoridade estatal, através da técnica da separação dos Poderes e da declaração de direitos, como conseqüência desse processo revolucionário francês e americano.

A Constituição americana, com seus aditamentos ratificados em 1791, previu, além da clássica separação de poderes, uma série de Direitos Humanos, como: liberdade religiosa, inviolabilidade de domicílio, devido processo legal e ampla defesa.

Ao longo do constitucionalismo liberal do século XIX, é possível visualizar uma dimensão cada vez mais internacional da abordagem política e jurídica dos direitos humanos. Como exemplo disso pode ser citada a Constituição Espanhola (Cádiz) de 1812 que impôs algumas restrições aos poderes do Rei e consagrou a impossibilidade de tributos arbitrários e, ainda, direito à liberdade; a Constituição Portuguesa de 1822 que fixa algumas prerrogativas individuais, igualdade, liberdade, segurança, inviolabilidade de domicílio, liberdade de imprensa e proibição de penas cruéis; a Constituição Francesa de 1848 que, inovando, prevê no seu artigo 13: a liberdade do trabalho e da indústria, a assistência aos desempregados, às crianças abandonadas, aos enfermos e aos velhos sem recursos<sup>105</sup>.

A declaração de direitos instituída no constitucionalismo moderno afirma-se como garantia quanto aos direitos humanos, com sua evolução lenta e gradual, tendo como principal fonte o Direito Internacional e, como conseqüência, sua crescente internacionalização.

A expansão das organizações internacionais com o propósito de cooperação internacional foi o fator que mais contribuiu para o processo de internacionalização das normas de proteção aos direitos humanos, deixando claro que os avanços na proteção internacional dos *direitos inalienáveis da pessoa humana* foram um efeito, em grande parte, da mobilização social para que os Estados, que são os detentores da responsabilidade de resguardar os direitos humanos, se unissem para operar em favor dos mais fracos, nas mais diversas circunstâncias.

---

<sup>105</sup> LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas ...*, p. 100.

A evolução dos Direitos Humanos no mundo ocidental, desde o início do século vinte, deve-se ao caráter internacional de que esses direitos foram investidos, incorporando-os ao Direito Internacional, a ponto de diferentes organizações internacionais tutelá-los em vários instrumentos formais e convencionais, no intento de garantir que os mesmos não sejam violados pelo Estado.

O processo de positivação desses direitos remonta a documentos que surgiram em períodos mais recentes, tomando a forma de “Cartas, Leis Fundamentais, petições ou, em determinadas circunstâncias, Declarações. Todos esses instrumentos têm sido colocados em um mesmo nível teórico e político”<sup>106</sup>.

Assim, o mundo assistiu a uma expansão progressiva dos direitos humanos e sua inserção nas mais diversas constituições das mais diferentes sociedades e contextos históricos, já que os direitos humanos (inalienáveis, invioláveis, inerentes ao indivíduo) passaram a ser vistos como direitos universais, sendo, portanto, pertencentes a toda e qualquer pessoa humana.

Nesse contexto, em que cada vez mais as dimensões do poder do Estado se reduzem em relação aos seus nacionais, é que em 1945 chega-se à Carta das Nações Unidas, documento que veio solidificar o chamado Direito Internacional aos Direitos Humanos, já que os indivíduos deixaram de ser apenas “nacionais”, mas, sim, pessoas do *gênero humano*, ou seja, sujeitos de direito internacional, com capacidade processual internacional reconhecida pelos mais diversos Estados. Reconhecer o ser humano como sujeito de direito das normas internacionais é imprescindível para que se possa falar em proteção internacional aos direitos humanos.

No entanto, ainda hoje, encontra-se, com facilidade, a defesa da idéia da soberania nacional absoluta que se contrapõe à idéia da tutela internacional aos direitos humanos que tem o ser humano como sujeito de direito. Reconhecidos tratadistas da matéria durante muito tempo sustentaram a tese de que somente os Estados e suas organizações poderiam ser sujeitos de

---

<sup>106</sup> MCKEON, Richard. Las bases filosóficas y las circunstancias materiales de los derechos del hombre. Madrid: Siglo veintiuno, 1993, p.21.

direito internacional público, qualidade que se negava aos indivíduos. A pessoa natural não poderia, portanto, ser reconhecida como titular de direitos ou ações que somente competiam aos Estados<sup>107</sup>.

A questão da soberania estatal tem sido um dos pontos mais delicados inseridos na discussão da internacionalização dos direitos humanos. Com Jean Bodin, em “as seis leis da República”, a soberania estatal era concebida como o poder supremo, absoluto, ilimitado e perpétuo sobre os cidadãos e súditos, independente das leis. Portanto, “amparados neste princípio, muitos Estados têm sistematicamente praticado violações aos direitos do homem”<sup>108</sup>.

Ressalte-se que a comunidade internacional não aceita a violação dos direitos humanos, ocorrendo o reconhecimento e a proteção dos direitos do homem pela ordem internacional. Assim, a tutela desses direitos não é mais uma questão de competência exclusiva dos Estados, mas, sim, um problema de toda a comunidade internacional.

É necessário, sempre, lembrar que a preocupação intensa e conseqüente com os direitos humanos surgiu 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 deve ser um dos principais propósitos da Organização das Nações Unidas.

Entretanto, com a devida *vênia* que merece a Carta das Nações, deve-se salientar que a chamada “universalidade” desses direitos da pessoa humana se concretizou em 10 de dezembro de 1948, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que visionando a sociedade humana num contexto global e primando pela proteção do princípio da dignidade da pessoa humana, busca nesse texto a idéia de um código universal, um texto jurídico a ser acatado por todas as nações, em respeito à já referida dignidade dos “seres” humanos.

Vários autores fazem referência a que os principais instrumentos que dão sustentação à proteção dos Direitos Humanos, além da Declaração

---

<sup>107</sup> CALLO, Jorge Ivan Hübner. Panorama de los Derechos Humanos. Buenos Aires: Editora da UBA, 1977.

<sup>108</sup> GORCZEWSKI, Clóvis. Direitos humanos dos primórdios da humanidade ao Brasil de hoje. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005, p. 83.

Universal de 1948, são o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966. Esses documentos complementam a Declaração de 1948 e outorgam a força de obrigação jurídica a que os Estados-Partes se comprometem quanto à proteção e efetivação desses direitos.

A comunidade internacional e o próprio Direito Internacional estão assumindo, ainda que, às vezes, apenas formalmente, os Direitos Humanos como um conteúdo primordial dos interesses públicos internacionais, assinalando a responsabilidade dos Estados por suas políticas internas e externas sobre a matéria.

Assim, a necessidade de internacionalização dos direitos humanos surge como uma resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. “Se a segunda guerra significou a ruptura dos direitos humanos, o pós-guerra deveria significar sua reconstrução”<sup>109</sup>.

Desde então a internacionalidade dos direitos humanos passou a ser amplamente discutida e diversos instrumentos e organismos internacionais utilizados para buscar a efetiva proteção aos direitos e a aplicabilidade de tais instrumentos sempre em favor do hipossuficiente nas relações entre os desiguais.

É importante verificar na próxima seção quais tratados e qual o conteúdo desses documentos internacionais são recepcionados no Brasil, porque a incorporação de tratados e convenções sobre Direitos Humanos ao ordenamento jurídico nacional é a forma de responsabilizar o Estado brasileiro quanto aos compromissos assumidos perante a comunidade internacional. Portanto, a efetividade dos Direitos Humanos constantes nos documentos internacionais em que o Brasil seja signatário somente poderá ser cobrada pelos brasileiros após a burocrática internalização.

---

<sup>109</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e globalização. *in* Direito Global. SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena (coordenadores). São Paulo: Max Limonad, s/d, p. 196.

### **3.1.2 Conteúdo dos tratados internalizados no Brasil**

A abordagem do significado jurídico dos tratados internacionais de direitos humanos passa pela verificação sobre quais conteúdos são referidos no acordo formal realizado entre os Estados ou entre os sujeitos de direito internacional público, com o objetivo de produzir efeitos jurídicos. Esse acordo internacional, que pode ser em forma de Convenção, Pacto, Protocolo, Carta ou Convênio, é a principal fonte de obrigação do Direito Internacional.

Vale ressaltar que, sendo violado um tratado internacional, estará o Estado transgredindo deveres que assumiu no âmbito global ou regional, devendo ser o mesmo responsabilizado pelo descumprimento.

Deve-se salientar também que o processo de incorporação dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário é diferente para os tratados de direitos humanos e os tratados internacionais que versem sobre outros assuntos.

A diferença entre os tratados de direitos humanos e os demais tratados vai muito além da processualística da recepção. Quanto à materialidade, ou seja, quanto ao conteúdo de abrangência, os tratados de direitos humanos têm como objeto a dignidade da pessoa humana. Verifica-se que a partir do pós-guerra, com o surgimento da Organização das Nações Unidas e, logo em seguida, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, introduziu-se nesses tratados a concepção contemporânea dos direitos humanos, como resultado do movimento de internacionalizar os direitos e garantias individuais do homem que foram completamente desrespeitados na época da Primeira e da Segunda Guerras Mundiais.

O pós-guerra foi o momento decisivo para o reconhecimento (nascimento para os positivistas) dos direitos humanos, despertando nos Estados a noção de proteger o ser humano de qualquer forma, sendo necessário garantir o mínimo de dignidade para qualquer pessoa, pois as atrocidades cometidas no período das guerras chocaram as consciências humanitárias e fizeram surgir reclamos pelo controle social, através de

instrumentos internacionais de resolução dos conflitos entre os países e dentro dos próprios países<sup>110</sup>.

Os Estados passaram a discutir questões que iam além do simples compromisso recíproco entre dois sujeitos de direito internacional, passando a tratar de questões que tinham como objetivo resguardar os direitos fundamentais do homem. A partir daí, foram discutidas formas de garantir a universalidade desses direitos, uma vez que, sendo a Declaração Universal de Direitos Humanos uma resolução estabelecida entre países, e não um tratado, sua eficácia jurídica era contestada com alegações de ser limitada.

Assim, surgem os pactos e tratados entre os Estados. Para uma corrente considerável de doutrinadores, esses documentos internacionais, diferentes das declarações, têm força vinculativa muito maior. Como consequência desse processo vinculativo, acelera-se a tendência presente no direito internacional de restringir a soberania dos países, deixando de ser esta absoluta, como sempre foi pregado, para ser relativa, eis que aos países que se integram aos tratados se impõe uma obediência em nível internacional, com o objetivo único da proteção universal dos direitos do homem. Portanto, “os direitos humanos passam a ser garantidos por instrumentos que visam a assegurar o seu real cumprimento”<sup>111</sup>.

A materialidade de cada tratado será fator único e fundamental para definir se um tratado é ou não de direitos humanos, e é muito importante que essa análise seja feita de forma minuciosa, já que os efeitos conferidos a um tratado internacional de direitos humanos consistem na hierarquia constitucional e sua aplicabilidade imediata, além de outros efeitos já referidos.

A legislação não estipula o que definirá um tratado de direitos humanos, até porque não há como se estabelecer uma ordem taxativa e classificatória desses direitos, pois os mesmos estão sempre em processo de reconhecimento (construção), e é justamente por essa razão que a cláusula de abertura prevista na Constituição Federal de 1988 (§ 2º do art. 5º) se torna

---

<sup>110</sup> LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto. Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.25.

<sup>111</sup> LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto. Os direitos humanos econômicos..., p. 69.

importantíssima, porque deixará sempre a Constituição Federal atualizada dentro dos parâmetros universais de proteção dos direitos humanos.

Questão polêmica que deve ser enfrentada, referida freqüentemente por doutrinadores, trata de considerar ou não os direitos sociais, econômicos e culturais como direitos humanos. No contexto brasileiro, negar-lhes esse título não faz sentido, tendo os mesmos todas as prerrogativas concedidas aos direitos individuais na Carta Magna, como a aplicabilidade imediata e a hierarquia constitucional. Além disso, negar a aplicação imediata desses direitos “é manter o “status quo” que ampara a injustiça social”<sup>112</sup>. Os direitos econômicos, sociais e culturais são essenciais para que ocorra a correta aplicabilidade dos direitos civis e políticos pelo fato de uns complementarem os outros.

O constituinte brasileiro acertou ao contemplar no texto constitucional os direitos sociais como direitos fundamentais do homem, pois em face da indivisibilidade dos direitos humanos, há de ser definitivamente afastada a equivocada noção de que a classe dos direitos civis e políticos merece inteiro reconhecimento e respeito, enquanto a classe dos direitos sociais, econômicos e culturais, ao contrário, não merece qualquer observância.

As diversas dimensões (gerações)<sup>113</sup> que marcam a evolução do processo de reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais revelam que esses constituem categoria materialmente aberta e mutável. Conseqüentemente todas as gerações (dimensões) de direito se complementam e se entrelaçam, nunca havendo restrições ou supressão dos mesmos, porque uns são essenciais para a aplicabilidade dos outros. Na ausência dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos correm o risco de ser puramente formais; e na ausência de direitos

---

<sup>112</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de direito internacional público, v. 01, 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 862.

<sup>113</sup> Dimensões para SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 61. Gerações para BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

civis e políticos, os direitos econômicos, sociais e culturais não podem ser garantidos por muito tempo<sup>114</sup>.

Essa classificação dos direitos humanos deve ser entendida como algo que foi sendo complementado pouco a pouco, garantindo os direitos da primeira geração, os direitos civis e políticos; da segunda geração, os direitos econômicos, sociais e culturais; da terceira geração, os direitos de solidariedade e fraternidade. Essas gerações (dimensões)<sup>115</sup> seriam a conquista (*reconhecimento dos direitos* para os jusnaturalistas) gradual da sociedade de ter um leque de garantias a seu favor, cada qual sendo resposta a um determinado período histórico, concedendo sempre a todos a oportunidade de viver sob o prisma do princípio da dignidade, um dos vetores que termina por ser a base principal dos direitos fundamentais.

Portanto, o conteúdo de um tratado internacional de direitos humanos englobará as questões referentes aos seres humanos que se revestem de fundamentalidade, podendo vir a ser considerados direitos fundamentais. Há direitos já consolidados sob esse título, como há outros que estão por surgir como conseqüência do momento histórico atual, e é justamente na definição do que está por ser considerado como direitos humanos que se devem utilizar critérios minuciosos, pois, para a identificação dos direitos humanos que vão surgindo de acordo com a evolução histórica do homem, faz-se necessária a observância de critérios rígidos e a máxima cautela para que sejam preservados a efetiva relevância e o prestígio dessas reivindicações e para que, efetivamente, correspondam a valores fundamentais consensualmente reconhecidos no âmbito de determinada sociedade ou mesmo no plano universal<sup>116</sup>.

As regras e princípios fixados em tratados assinados pelo Brasil poderão ingressar no ordenamento jurídico como se na Constituição estivessem,

---

<sup>114</sup> Citando Nikken: LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto. Os direitos humanos econômicos..., p. 84.

<sup>115</sup> Para vários autores essa classificação é ampliada para *quarta* e até mesmo *quinta* geração (dimensão), objetivando incluir os direitos à democracia, à informação e aos denominados bio-direitos.

<sup>116</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 62.

portanto é muito importante que só sejam ratificados se resguardarem os direitos fundamentais de forma que não seja alterada a proteção já conferida, até porque os direitos humanos complementam uns aos outros, concretizando-se, e não se eliminando ou restringindo. Portanto, um tratado de direitos humanos deve estar de acordo com a ordem interna no sentido de agregar e acrescentar prerrogativas para a pessoa humana.

Os tratados que forem considerados de direitos humanos devem fortalecer e renovar positivamente a idéia do que já se encontra no ordenamento jurídico brasileiro. Ao contrário, ocorrendo a debilitação, a diminuição ou a supressão de direitos do homem, tanto naqueles/daqueles formal e/ou materialmente fundamentais, não poderão ser incorporados no ordenamento pátrio por não serem condizentes com a tentativa de garantir a máxima proteção dos direitos individuais, em todas as suas dimensões.

É uma tarefa árdua separar os tratados de direitos humanos dos tratados tradicionais<sup>117</sup>; é necessário analisar com muita cautela a materialidade dos tratados, porque, de forma implícita, quase todos os tratados resguardam algum direito humano, seja direito civil, político, econômico, social, cultural, direitos de solidariedade e fraternidade, direito ao meio ambiente, direito à informação, o que torna difícil no plano prático estabelecer que um tratado não retrate sua salvaguarda.

Um tratado que traga de forma indireta a proteção de um direito revestido de fundamentalidade, deve ser considerado como um tratado internacional de direitos humanos se suas disposições estiverem intrinsecamente garantindo a dignidade humana, já que não há como negar que os direitos à vida, à liberdade e à igualdade, bem como os direitos sociais, correspondem diretamente às exigências mais elementares da dignidade da pessoa humana, constituindo esse primado elemento comum à matéria dos direitos fundamentais<sup>118</sup>.

O princípio da dignidade humana deve ser vetor indicativo do que poderá ser enquadrado como um tratado internacional de direitos humanos.

---

<sup>117</sup> Estão arrolados no ANEXO I desse trabalho uma relação com alguns tratados de Direitos Humanos já internalizados.

<sup>118</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais..., p. 106-108.

Existindo a preocupação em garantir a dignidade da pessoa humana no texto do tratado, este deve ser incorporado ao ordenamento brasileiro como norma constitucional.

Portanto, o Congresso Nacional, ao analisar a materialidade dos tratados internacionais que adentrarem o sistema jurídico interno brasileiro, deve considerar como tratado internacional de direitos humanos, além dos que ampliam ou elucidam algum direito fundamental já existente, todo aquele que tiver por finalidade essencial a garantia da dignidade da pessoa humana.

O Poder Judiciário, da mesma forma, deve garantir a efetividade do cumprimento desses tratados, eis que toda a atividade estatal e todos os órgãos públicos se encontram vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-lhes, nesse sentido, um dever de respeito e proteção, que se exprime “tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-la”<sup>119</sup>, para que o princípio da dignidade da pessoa humana possa operar de forma concreta, garantindo o que foi acordado no tratado internacional de acordo com a ordem internacional dos direitos humanos.

### **3.2 A recepção no ordenamento jurídico brasileiro**

Para ser bem compreendido o instituto da recepção dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro, faz-se necessário, inicialmente, efetuar a análise de alguns conceitos e tecer breves comentários sobre os chamados acordos internacionais. O conceito de tratado estabelecido pela Convenção de Viena é de “um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, qualquer que seja sua denominação específica.” Portanto, independe chamá-lo de tratado, acordo, protocolo, convenção, bastando que seja decorrente da conjugação da vontade de dois ou mais Estados colocada a termo por escrito.

---

<sup>119</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais..., p. 120.

Os tratados constituem a principal forma de obrigação no Direito Internacional, como resultado de um crescente positivismo que levou à elaboração da já citada Convenção de Viena de 1969, a qual tem como finalidade regular o processo de elaboração dos tratados. Essa Convenção, embora estabeleça alguns requisitos e informe em linhas gerais sobre a elaboração dos tratados, deixa a critério dos Estados as exigências referentes à sua formação, gerando diferenças consideráveis nesse procedimento.

Merecem destaque duas disposições da Convenção consagradoras do princípio da boa-fé, o qual vincula o Estado ao cumprimento de um tratado de que é parte, eis que livremente obrigou-se a ele. Assim, “todo tratado em vigor é obrigatório em relação às partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé”<sup>120</sup> e “uma parte não pode invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não-cumprimento do tratado”<sup>121</sup>.

Em geral, a formação de um tratado é feita em cinco etapas, quais sejam: negociação, assinatura, aprovação pelo Legislativo, ratificação e registro. A negociação é o processo de discussão e deliberação sobre o assunto, bem como a elaboração dos termos e tem fim no momento da assinatura do tratado pelo Chefe do Poder executivo. A aprovação pelo Legislativo é ato necessário para a formação do tratado, como expressão do constitucionalismo e consagração do sistema de freios e contrapesos, como bem leciona Flávia Piovesan<sup>122</sup>. Após o referendo do legislativo, ocorre a ratificação pelo poder Executivo, o que significa a obrigação formal do Estado ao tratado assinado. Por fim, é feito o depósito do instrumento de ratificação em local acordado do instrumento de ratificação.

---

<sup>120</sup> Art. 26 da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados – “Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé.”

<sup>121</sup> Art. 27 da Convenção de Viena sobre o direito dos – “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.”

<sup>122</sup> Segundo Flávia Piovesan, a exigência de referendo do legislativo para legitimar os tratados celebrados pelo executivo tem fundamento na necessidade de limitação e controle deste por aquele, como forma de garantir a separação de poderes e evitar o abuso de poder pelo Executivo. PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional, 9.ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p.50

Quanto à formação dos tratados pelo Brasil, é necessário referir que, em virtude do art. 84, VIII da Constituição<sup>123</sup> que dispõe ser competência privativa do Presidente da República “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”, somente a ele competem a negociação e assinatura dos tratados, podendo, contudo delegar tais poderes.

Decorre também desse dispositivo a necessidade de aprovação pelo legislativo para a formação do tratado, o que se constitui, portanto, em um ato complexo com a conjugação da vontade do executivo, que o celebra, com a do legislativo, que o aprova. Reforça essa necessidade a previsão do art. 49, I, da Constituição Federal<sup>124</sup>, o qual prevê competência exclusiva do congresso nacional para “resolver definitivamente sobre tratados, acordos, ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”,

A autorização da entrada em vigor de tratado internacional tem seu procedimento estabelecido no regimento interno das casas legislativas, já que a Constituição somente refere normas gerais, e tem seu fim com a elaboração de ato normativo denominado Decreto Legislativo. O início desse processo se dá com exposição de motivos pelo Ministro das Relações Exteriores, solicitando ao Presidente a submissão do tratado ao Congresso Legislativo. A votação ocorre primeiramente na Câmara dos Deputados e após no Senado, sendo necessária aprovação pela maioria. Caso obtida a aprovação, edita-se o Decreto Legislativo, assinado pelo Presidente do Senado e publica-se no Diário Oficial.

Contudo, o Decreto Legislativo não pode dar vigência ao tratado internacional, constituindo, em verdade, autorização para que o Executivo possa ratificá-lo. E é somente com a ratificação, mediante decreto do

---

<sup>123</sup> Constituição Federal - Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: I - (...);VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

<sup>124</sup> Constituição Federal - Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; (...).

Presidente da República, que o tratado passa a ter obrigatoriedade internacionalmente e internamente. A vigência interna ocorre com a publicação do Decreto no Diário Oficial da União e a vigência internacional se dá com o depósito do instrumento de ratificação.

Merece crítica esse processo de incorporação de tratados internacionais pelo fato de não dispor a Constituição ou a lei acerca do prazo para o trâmite dos processos de aprovação pelo legislativo ou ratificação pelo executivo, prejudicando a celeridade na ratificação de tratados pelo Brasil, em dissonância ao princípio da boa-fé. Nesse sentido, pode-se citar a própria Convenção de Viena que, assinada em 1969, ainda não foi ratificada pelo Brasil<sup>125</sup>.

Convém ressaltar que o procedimento explicado acima se aplica à recepção dos tratados celebrados pelo Brasil, de forma geral, quando o conteúdo do acordo não versar sobre direitos humanos. De outra forma, quando o conteúdo do tratado trazer normas que tutelem direitos humanos, há possibilidade de utilização de um procedimento específico para sua recepção pelo ordenamento jurídico brasileiro, previsto no §3º, art. 5º da Constituição Federal<sup>126</sup>, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

O referido dispositivo prevê equiparação dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos às emendas constitucionais, desde que “aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos”.

Assim, desde 2004, pode o legislativo optar entre autorizar a ratificação do tratado internacional de direitos humanos com a utilização do procedimento geral, não restando implementada a equiparação formal do tratado à emenda Constitucional, ou autorizar a ratificação do tratado através desse procedimento previsto no § 3º, ocorrendo a formal incorporação do tratado ao rol dos direitos fundamentais constitucionais<sup>127</sup>.

---

<sup>125</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional, 9.ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo:Saraiva, 2008, p. 50.

<sup>126</sup> Constituição Federal - Art. 5º(...) § 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.

<sup>127</sup> O caráter constitucional dos tratados recepcionados com ou sem o procedimento do §3º, é

Nesse sentido, o novo trâmite para a incorporação dos tratados deve obedecer a um procedimento similar ao dos tratados gerais com algumas diferenças. Após a celebração pelo Presidente da República ou representante, o tratado é enviado para apreciação pelo Congresso, em cada Casa, em dois turnos, devendo ser satisfeito o mínimo de três quintos dos votos para que se edite o decreto legislativo<sup>128</sup>. Mediante a aprovação pelo legislativo ocorre a incorporação do tratado ao direito interno e passa a vigorar com força de emenda constitucional<sup>129</sup>.

Esse complexo procedimento para incorporação do tratado ao direito brasileiro traz uma significativa consequência no que diz respeito à possibilidade de denúncia dos tratados internacionais de direitos humanos. Explica-se: a denúncia é ato unilateral através do qual um Estado deixa de fazer parte de um tratado, não sendo necessária, no Brasil, sua aprovação pelo legislativo<sup>130</sup>. Assim, poderiam os direitos estabelecidos por tratados de direitos humanos ser subtraídos do direito interno mediante a simples denúncia do tratado. Ocorre que, com o parágrafo 3º do art. 5, os direitos internacionais passam a ser incorporados no quadro constitucional formalmente, através de processo especial e rigoroso, não se admitindo que um ato solitário do Poder Executivo possa retirar tais direitos do rol constitucional.

Embora criador de muita discórdia, o referido §3º do art. 5º pode ter colaborado para a resolução de um outro grande conflito, concernente à aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil seja parte. A discussão que se faz é em relação à necessidade ou não de intermediação legislativa, a fim de que os tratados criem direitos subjetivos para os particulares.

---

tema extremamente controverso, o qual será abordado no capítulo seguinte.

<sup>128</sup> BARROSO, Luís Roberto. "Constituição e tratados internacionais: Alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno", "in" "Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo", p. 185/208, 207, coordenação de Carlos Alberto Menezes Direito, Antonio Augusto Cançado Trindade e Antonio Celso Alves Pereira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

<sup>129</sup> Esse tem sido o procedimento adotado até o momento (março/2009) conforme o Decreto Legislativo 186 de 09 de julho de 2008, que aprovou pelo novo dispositivo constitucional o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007.

<sup>130</sup> Diversamente, em países como Espanha e Argentina, é necessária a autorização do legislativo para denúncia de tratados de direitos humanos. Já em Países como Suécia e Dinamarca a autorização para denúncia é imprescindível para qualquer espécie de tratado.

Explica Arnaldo Süssekind<sup>131</sup> que, segundo a teoria dualista, existe uma independência, uma diferença entre a ordem jurídica interna e a externa, fazendo-se necessária a transformação da norma internacional em norma interna para que possa ser aplicada validamente. Ou seja, a ratificação do tratado gera apenas o compromisso de legislar de acordo com o tratado celebrado. Contrariamente, a teoria monista defende não existir uma linha divisória entre direito interno e internacional, bastando a simples ratificação do tratado para que possua vigência no plano interno. Essa interdependência da ordem jurídica interna e externa implica a automática aplicação das determinações do diploma ratificado.

No Brasil, não há dispositivo constitucional que discipline de forma clara a aplicabilidade de normas internacionais no direito interno, por isso, a regra em vigor é da necessidade de um ato com força legal que as coloque em vigor, com a adoção da teoria dualista. A exceção a essa teoria ocorre quanto aos tratados internacionais de direitos humanos que, amparados pelo §1º do art. 5º da Constituição Federal, possuem instantânea aplicabilidade. Esse dispositivo diz respeito à aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, inserindo-se nele os tratados internacionais que versem sobre esses direitos.

Pode-se dizer, portanto que o sistema brasileiro é misto, para o qual há a necessidade de intermediação de ato normativo para aplicação interna de direitos estabelecidos no plano internacional, a não ser que tratem de garantias fundamentais, quando a aplicação é imediata.

Nesse ponto é que o §3, art.5º da C.F. contribuiu para a confirmação da aplicabilidade de direitos fundamentais estabelecidos por tratados sem a necessidade de ato presidencial (decreto) que lhes confirmam vigência. Isso ocorre em virtude do difícil processo para aprovação do tratado pelo legislativo, com a satisfação do quorum qualificado, que legitima a aplicação do tratado sem necessidade de transformação para o plano interno, condicionada a decreto do Presidente.

---

<sup>131</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional, 9.ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p.85-86

Assim, o referido dispositivo constitucional evidencia a automática aplicação dos direitos humanos e fundamentais garantidos por tratados internacionais, ratificando o entendimento já dominante pela doutrina, ao passo que, não se referindo aos demais tratados internacionais, acentua a diferença entre estes e aqueles, corroborando para o entendimento de que se deve dar a eles tratamento diverso, sendo exigida a incorporação mediante instrumento legal.

### **3.3 A recepção no direito comparado**

O esquema de incorporação de tratados internacionais adotado pelo Brasil, que confere aplicabilidade imediata para aqueles tratados que versem sobre direitos humanos, e requer ato normativo para os demais tratados, segue um esquema que se apresenta como tendência mundial nos últimos anos.

É o caso da Constituição venezuelana que, em seu art. 23, garante que os tratados, pactos e convenções relativos a direitos humanos, “são de aplicação imediata e direta pelos tribunais e demais órgãos do Poder Público”<sup>132</sup>, nada dispondo acerca dos demais acordos internacionais. Segue na mesma corrente a Constituição austríaca, determinando que “as regras geralmente reconhecidas do Direito Internacional são consideradas parte integrante da lei federal”. Merece destaque, ainda, a Constituição alemã que prevê, em seu art. 25, que “as normas gerais de Direito Internacional Público constituem parte integrante do direito federal, sobrepõem-se às leis e geram imediatamente direitos e obrigações para os habitantes do território federal”.

O Direito português também estabelece a recepção automática das normas de Direito Internacional através da chamada “cláusula geral de recepção plena”. Dessa forma, o n.1 do art. 8º da Constituição refere que “as normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português”.

---

<sup>132</sup> Constituição da Venezuela – Artigo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

Merece destaque o fato de que tanto a Constituição venezuelana quanto a portuguesa assemelham-se à brasileira também quanto ao fato de não estabelecerem para os demais tratados a aplicabilidade imediata no âmbito interno. É o que dispõe o n. 2 do art. 8º da Constituição da República Portuguesa, para a qual “as normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado português”. Percebe-se, pois, a exigência de publicação oficial para que normas constantes de convenções internacionais tenham vigor, em conformidade com a teoria dualista.

Contudo, essa concepção do Estado voltada ao dualismo está cada vez mais perdendo aceitação, com grande aumento do número de países que são regidos pela incorporação automática. A maior aceitação do monismo ocorre em virtude de uma conjuntura internacional que determina a necessidade de interdependência entre os países, seja regional ou internacionalmente<sup>133</sup>.

Assim, a Constituição espanhola prevê a recepção automática, ao dispor em seu art. 96, n.1, que “os tratados internacionais, logo que publicados oficialmente na Espanha, farão parte da ordem interna espanhola”. A Constituição da França em seu art. 55 também dispõe acerca da recepção imediata, ao dizer que “os tratados ou acordos regularmente ratificados ou aprovados possuem, desde a sua publicação, autoridade superior à das leis”. Resta claro, portanto, que para Espanha e França a adoção da recepção automática ocorre para todos os tratados internacionais, sejam eles de direitos humanos ou não.

Dessa forma, a adoção no Brasil da teoria mista de incorporação de tratados internacionais, por um lado segue uma tendência mundial, quanto à aplicação automática no direito interno de direitos humanos e fundamentais, e, por outro, não se altera, quanto à necessidade de intermediação legal para a vigência dos demais tratados internacionais.

---

<sup>133</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional, 9.ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p.86

Insta referir que vários países da América Latina, assim como o Brasil, também não adotam a teoria monista para todos os tratados internacionais, entre eles, Argentina, Uruguai e Paraguai. Caso se considere que a adoção da teoria dualista dificulta as relações internacionais, por impor empecilhos à execução interna dos objetos e objetivos avençados principalmente em acordos comerciais, pode-se encontrar aí uma explicação para o insucesso do Mercosul. Tal explicação fica mais evidente ao compará-lo à União Européia, que é uma organização supranacional e é integrada por vários países adotantes da teoria monista.

### **3.4. Hierarquia entre as normas constitucionais e normas oriundas de tratados**

Finalizada a análise de como se processa a incorporação de tratados, tanto no Direito brasileiro quanto no Direito comparado e feitos os comentários pertinentes a esse procedimento, bem como das conseqüências, resta saber, ainda, qual é a “força” que esses tratados internacionais possuem no âmbito interno ao serem confrontados com a legislação interna de cada país. Essa discussão será feita em duas abordagens: uma específica para a análise da Hierarquia das normas provenientes de tratados no Brasil, e outra em que a análise será direcionada para diversos países da América Latina e Europa.

#### **3.4.1. Hierarquia no Brasil**

Para melhor entendimento sobre o tratamento dispensado pelos doutrinadores e pela jurisprudência brasileira à questão da hierarquia das normas provenientes de tratados internacionais no direito interno, é necessário que se faça a análise da questão, levando em consideração dois períodos distintos: o período anterior ao advento da Emenda Constitucional 45, a qual criou o §3º do art.5º na tentativa de solucionar a grande controvérsia existente, e o período posterior a essa Emenda, que deixou ainda mais complexa a já conturbada problemática.

No período precedente à elaboração da referida Emenda, destacam-se quatro correntes doutrinárias sobre a hierarquia de normas advindas de

tratados de proteção aos direitos humanos. Em relação à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, as diferentes teorias defendem: a equivalência hierárquica entre eles e as leis federais; supralegalidade e infraconstitucionalidade desses tratados; a sua constitucionalidade e, por fim; a supraconstitucionalidade.

Quanto aos tratados que não contemplem matéria de direitos humanos, também chamados tratados comerciais, ou tradicionais, uma corrente prega que eles teriam hierarquia superior à lei, mas inferior à Constituição, enquanto a outra corrente defende que esses tratados seriam equiparados às leis ordinárias federais.

A teoria que defende a supralegalidade e infraconstitucionalidade dos tratados tradicionais busca fundamento no princípio da boa-fé internacional, pelo qual um Estado não pode se valer do Direito interno como justificativa para o não cumprimento de um tratado. Esse entendimento nada mais é do que a garantia do *pacta sunt servanda*, ou seja, o tratado vincula as partes que livremente manifestaram sua vontade para a formação do mesmo, portanto, não podem os pactuantes deixar de cumprir o acordo. Assim, ao garantir aos tratados internacionais um nível hierárquico intermediário entre as normas constitucionais e as normas ordinárias, afasta-se a possibilidade de inobservância dos tratados, por eventual edição de lei posterior que os contrarie.

A corrente contrária prega a equivalência entre os tratados ditos tradicionais e a lei federal, fundamentada na prevalência do direito interno sobre o internacional. Essa corrente, filiada ao dualismo, defende a paridade entre lei e tratado em decorrência do art. 102, III, b da C.F.<sup>134</sup>, dispositivo que prevê a competência ao Supremo Tribunal Federal para julgar recurso em última ou única instância sobre “inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”. Segundo essa redação, entende-se que há uma equiparação entre os tratados e leis federais. Um outro argumento fundamenta tal entendimento na necessidade de decreto executivo para a incorporação de tratado internacional.

---

<sup>134</sup> Constituição Federal, Art. 102: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: (...) b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;”

Assim, sendo necessária uma norma ordinária para a vigência de um tratado, não pode este ter hierarquia superior àquela, que o recepcionou.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal, até recentemente, assim como o da maioria da doutrina, em relação à hierarquia das normas oriundas de tratados internacionais é esse que as equipara à lei ordinária.

Importante ressaltar que sequer se cogita da constitucionalidade dos tratados tradicionais em razão do já citado art. 102, III, b da Constituição, que prevê o controle da constitucionalidade dos tratados pelo STF.

A questão que se impõe então é a seguinte: se os tratados internacionais em geral não possuem hierarquia constitucional quando incorporados ao direito Brasileiro, qual o fundamento que permite dar aos tratados internacionais de direitos humanos esse tratamento?

A essa pergunta respondem os defensores da constitucionalidade dos tratados protetivos de direitos humanos, entre eles Flávia Piovesan<sup>135</sup>, com o auxílio do §2 do art. 5 da C.F. Esse parágrafo estabelece que “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”. Ao prever que os direitos já expressos na Constituição não excluem outros provenientes de tratados internacionais, a *contrario sensu*, se está inserindo no rol de direitos constitucionais esses últimos, ou seja, é possível a inclusão dos direitos oriundos de tratados internacionais no patamar dos direitos e garantias expressos na constituição.

Corroborando com esse entendimento a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais. José Joaquim Gomes Canotilho conceitua como direitos materialmente constitucionais aqueles que, em razão de seu conteúdo, deveriam ter proteção Constitucional. São os direitos constitucionais por excelência, que somente não o são formalmente, eis que estabelecidos por tratados ou leis ordinárias<sup>136</sup>. Nesse contexto, o §2 do art. 5º

---

<sup>135</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional, 9.ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

<sup>136</sup> Para Canotilho, o rol de Direitos Constitucionais não pode ficar restrito ao texto

é uma cláusula constitucional aberta, que propicia a proteção constitucional a esses direitos que materialmente já o são.

A respeito dessa cláusula constitucional aberta (§2º do art. 5º), pode-se dizer que ela propicia uma classificação dos direitos fundamentais assim: direitos expressos na Constituição; direitos expressos nas Emendas; direitos expressos em tratados internacionais, e direitos implícitos, aqueles decorrentes dos princípios e regime adotado pela Constituição.

Em síntese, o caráter constitucional das normas oriundas de tratados protetivos de direitos humanos tem fundamento no §2º do art. 5º que as eleva à categoria constitucional em virtude de já possuírem essa característica materialmente. A Constituição assume o conteúdo dessas normas, suprindo suas faltas quanto ao requisito forma.

Há alguns autores que, em virtude do mesmo art. 5º, §2º, chegam a afirmar a supraconstitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos. Entre eles, destaca-se a visão de Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros<sup>137</sup>, para quem a expressão “não excluem” constante do referido dispositivo constitucional, deve ser interpretada de forma abrangente para considerar que, havendo conflito entre constituição e tratado de direitos humanos, este último derrogará a primeira.

Merece comentário, também, a corrente doutrinária que defende a infraconstitucionalidade, porém supralegalidade dos tratados de direitos humanos. Tal corrente encontra voz em alguns Ministros do STF<sup>138</sup>, como Sepúlveda Pertence e Gilmar Mendes que defendem a prevalência da Constituição sobre os tratados de direitos humanos, ao mesmo tempo em que defendem a prevalência destes sobre as normas ordinárias em virtude de seu caráter especial, em comparação com os demais atos normativos internacionais. Essa supralegalidade consistiria em conceder aos tratados de

---

constitucional. Deve-se alargar o ‘bloco’ de princípios e normas constitucionais para abranger também aqueles não escritos, ou estabelecidos por leis ordinárias e convenções internacionais. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional*. 7.ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

<sup>137</sup> PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de direito internacional público*. 3. ed. Coimbra:Almedina, 1993.

<sup>138</sup> Jurisprudências do STF, decisões com a manifestação bem clara nesse sentido de Sepúlveda Pertence (RHC n. 79.785-RJ), e Gilmar Mendes (HC n. 87.585-TO).

direitos humanos um local privilegiado no ordenamento jurídico, em razão de seu valor para a proteção aos direitos humanos.

Por fim, os defensores de que os tratados internacionais de direitos humanos possuem hierarquia equivalente à lei ordinária, baseiam-se na interpretação de que o §2º do art. 5º não os recepciona como direitos materialmente constitucionais. Nesse sentido, argumentam Wolgran Junqueira Ferreira<sup>139</sup> e Ana Cristina Brenner que o §2º apenas quer significar a não taxatividade do rol de direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição, ou seja, que os direitos fundamentais não se restringem somente àqueles nela descritos, sendo possível à lei ordinária e às convenções internacionais estabelecer outros direitos, sem que isso importe na constitucionalização desses direitos. Assim, para os adeptos dessa corrente, não havendo recepção constitucional dos tratados relativos a direitos humanos, estes em nada diferem dos demais tratados internacionais, possuindo hierarquia equivalente à lei federal.

É preciso acentuar que esse entendimento, equivalência de tratado internacional de direitos humanos a normas ordinárias, é o que até recentemente orientou a jurisprudência do STF, existindo, contudo, mudança de posicionamento para que seja aceita a constitucionalidade dos direitos fundamentais provenientes de tratados internacionais<sup>140</sup>.

Em meio a essa miscelânea de teorias e concepções doutrinárias, no intuito de pacificar o tratamento dispensado à questão, o legislador constituinte derivado, ao elaborar a chamada reforma do judiciário (Emenda Constitucional nº45), adicionou ao art. 5º da Constituição o § 3º, que prevê equiparação à Emenda Constitucional para os tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelas duas Casas legislativas em dois turnos com quorum qualificado. Assim, a partir da entrada em vigor dessa emenda, satisfeitos os requisitos do §3º, os direitos fundamentais provenientes de tratados e

---

<sup>139</sup> FERREIRA, Wolgran Junqueira. Comentários à Constituição de 1988. São Paulo: Julex, 1989, p. 258.

<sup>140</sup> A posição do Supremo Tribunal Federal acerca desse tema será aprofundada no capítulo seguinte, quando será efetuado um histórico do tratamento jurisprudencial e a análise do posicionamento atual.

convenções passam automaticamente ao rol de direitos constitucionalmente (formalmente) garantidos.

Observa-se que o §3º não determina que os tratados internacionais de direitos humanos devem ser aprovados obedecendo aos requisitos ali estabelecidos para incorporação, apenas facultando ao legislador que assim o faça. Dessa forma, podem coexistir tratados internacionais aprovados por dois procedimentos, um referente ao §3º do art. 5º e outro referente ao procedimento normal dos artigos 49 e 84. Não parece sensato afirmar, contudo, que os tratados aprovados por um desses procedimentos tenham hierarquia constitucional, enquanto os tratados aprovados pelo outro tenham força de lei ordinária, levando-se em consideração apenas a diferença de quorum para a aprovação. Assim, o §3º deve ser interpretado sistematicamente, somando-se ao §2º, para possibilitar ao legislador que os direitos fundamentais oriundos de tratados internacionais, já materialmente constitucionais, possam ser formalmente incluídos na constituição.

Dessa forma, torna-se evidente a distinção, elaborada por Flávia Piovesan<sup>141</sup>, entre os tratados de proteção aos direitos humanos incorporados ao ordenamento brasileiro antes e depois da inclusão do §3º ao art. 5º da Constituição. Os tratados incorporados antes da vigência, que ocorreu em 08 de dezembro de 2004, são, por força do §2º do art. 5º, materialmente constitucionais, enquanto os tratados incorporados na vigência do §3º e atendendo aos requisitos ali estabelecidos, são material (art. 5º §2º) e formalmente constitucionais.

Confirma esse entendimento a explicação de André Ramos Tavares<sup>142</sup>, ao comparar os requisitos para incorporação trazidos pelo §3º do art. 5º com a recepção de normas anteriores à nova Constituição. Determinada matéria é regulada por lei ordinária (no período de vigência da antiga Constituição), no momento em que uma nova Constituição exige lei complementar para tratamento dessa matéria; não ocorrendo incompatibilidade, a lei antiga é

---

<sup>141</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional, 9.ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p.76

<sup>142</sup> TAVARES, André Ramos. Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (Des)estruturando a Justiça. São Paulo: Saraiva, 2005, p.47-48

recepcionada pela Constituição como se complementar fosse. Assim, *in casu*, a regra estabelecida pelo §3º possibilita a incorporação de tratados de direitos humanos ao direito brasileiro e confere a eles hierarquia constitucional. Existindo compatibilidade entre os tratados incorporados previamente a essa nova regra constitucional, eles devem ter o mesmo status dos tratados com ela incorporados.

Essa é também a posição do Ministro do Supremo Celso de Mello, que, em voto proferido na data de 23 de março de 2008, no Habeas Corpus 87.585-8/TO, defende a hierarquia Constitucional dos tratados de direitos humanos recepcionados antes de vigência da Emenda 45. Salienta-se que esse pode ser o início de uma mudança no entendimento do STF acerca do tema, conforme será visto nos capítulos posteriores.

Portanto, temos que os tratados internacionais, via de regra, têm hierarquia equivalente a lei federal. Quando se referem a direitos humanos, passam a possuir hierarquia constitucional. Essa constitucionalidade é somente material para os tratados incorporados antes da Emenda Constitucional 45. Para os tratados incorporados depois da Emenda, se forem aprovados pelo procedimento previsto no §3º, do artigo 5º, além de materialmente constitucionais, serão também formalmente constitucionais.

### **3.4.2 Hierarquia no direito comparado**

No direito internacional positivado, não há norma que assegure a prevalência do direito das gentes sobre o direito interno. Assim, o primado do direito internacional sobre o direito interno é uma proposição doutrinária que encontra repercussão nas constituições de alguns países.

É o caso da Constituição Francesa<sup>143</sup>, que prevê, no seu art. 55, a autoridade superior dos tratados e acordos devidamente ratificados e aprovados sobre as leis, desde sua publicação, ressalvada a não observância do tratado pela outra parte. Nesse mesmo sentido, estão as Constituições da

---

<sup>143</sup> Constituição Francesa de 1958, art. 55: “Os tratados ou acordos devidamente ratificados e aprovados terão, desde a data de sua publicação, autoridade superior à das leis, com ressalva, para cada acordo ou tratado, de sua aplicação pela outra parte.”(tradução do autor).

Argentina<sup>144</sup> e Grécia<sup>145</sup> que disciplinam, respectivamente a hierarquia superior dos tratados em relação às leis e o valor superior dos tratados internacionais e regras de direito internacional geralmente aceitas sobre qualquer disposição contrária das leis.

Também a Constituição da Espanha<sup>146</sup> estabelece a prevalência dos tratados internacionais, ao dispor que, depois de publicados, os tratados internacionais celebrados somente podem ser derogados, alterados e suspensos de acordo com as normas previstas no próprio tratado ou no direito internacional.

Ressalta-se que essa hierarquia dos tratados sobre as leis internas garante a eles vigência independente de leis posteriores que os contradigam, já que para os países que adotam a equidade entre direito interno e tratados, vigora o princípio da *lex posterior derogat priori*, podendo as leis ordinárias revogar a disposição de tratados internacionais. Esse sistema é adotado pelos Estados Unidos<sup>147</sup>, em que os tratados internacionais têm a mesma força de leis federais, tendo supremacia sobre a lei interna dos estados federados. Conforme visto no ponto anterior, tal sistema também é o adotado pelo Brasil quanto aos tratados que não versem sobre direitos humanos.

Contudo, em relação à hierarquia normativa de instrumentos internacionais protetivos dos direitos da pessoa humana, tem sido crescente a

---

<sup>144</sup> Constituição Argentina, art. 75, §2º: “Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.”

<sup>145</sup> Constituição da Grécia de 1975, art. 28, §1º: “As regras de direito internacional geralmente aceitas, bem como os tratados internacionais após sua ratificação (...), têm valor superior a qualquer disposição contrária das leis”.

<sup>146</sup> Constitución española, artículo 96, 1. “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.”

<sup>147</sup> A Constituição dos Estados Unidos da América prevê que as Constituições e as leis estaduais não podem contrariar texto de tratado, não esclarecendo, contudo, a hierarquia entre Constituição Federal, lei federal e tratado. Assim, a jurisprudência fixou que o Tratado tem o mesmo *status* em relação à lei federal (votada pelo Congresso e sancionada pelo Presidente). Assim, em caso de conflito entre tratado internacional e lei do Congresso, prevalece o texto mais recente. Por isso, alguns autores identificam o sistema americano como similar ao adotado pelo STF brasileiro até recentemente. (FRAGA, Mirtô. O conflito entre norma de tratado internacional e o direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 1998, pg. 15-16)

preocupação de vários países em deixar bem assentada essa questão em seu ordenamento.

Essa preocupação mostra-se evidente na Constituição espanhola<sup>148</sup>, ao dispor que as normas relativas aos direitos fundamentais devem interpretar-se em consonância com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os tratados e acordos internacionais sobre as mesmas matérias ratificadas pela Espanha.

A Constituição Portuguesa é ainda mais incisiva quanto à proteção dos Direitos Humanos. Estabelece o artigo 16º, nº1, que “os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”. Para José de Melo Alexandrino<sup>149</sup>, esse artigo demonstra a abertura do sistema constitucional português, especialmente aos direitos fundamentais. Também nesse sentido é a doutrina de Jorge Miranda<sup>150</sup> que vê nesse dispositivo uma verdadeira *cláusula aberta*, possibilitando que os direitos fundamentais previstos na constituição sejam complementados, não ficando restritos aos formalmente enunciados.

Desse modo, os direitos fundamentais estabelecidos em tratados internacionais receberiam o status constitucional através da extensão possibilitada pelo art. 16.º, n.1º, da constituição de Portugal. Contudo, por não possuírem a forma constitucional, esses direitos fundamentais são denominados de direitos materialmente constitucionais.

Várias Constituições de países latino-americanos seguiram a tendência mundial de integração dos direitos humanos ao direito interno, passaram a incorporar em seus respectivos textos regras bastante nítidas sobre a hierarquia desses instrumentos nos seus ordenamentos internos. Nesse

---

<sup>148</sup> Constitución española, artículo 10, 2. “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificados por España.”

<sup>149</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. Direitos Fundamentais: Introdução Geral. pg 48

<sup>150</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 3ª Ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000. Tomo IV.,p.162.

sentido, a Constituição peruana<sup>151</sup> anterior, de 1979, estabelecia em seu art. 101 que “os tratados internacionais, celebrados pelo Peru com outros Estados, formam parte do direito nacional”, e que, “em caso de conflito entre o tratado e a lei, prevalece o primeiro”. No art. 105, a mesma Carta<sup>152</sup> determinava que os preceitos contidos nos tratados de direitos humanos têm *hierarquia constitucional*, não podendo ser modificados senão pelo procedimento para a reforma da própria Constituição, o que, infelizmente, não mais se encontra na atual Constituição do Peru de 1993, a qual se limita a determinar que os direitos constitucionalmente reconhecidos se interpretam de conformidade com a Declaração Universal de Direitos Humanos e com os tratados de direitos humanos ratificados pelo Peru.

No entanto, de forma diferente da Carta peruana de 1979, na medida em que esta dava aos tratados internacionais de direitos humanos a hierarquia de norma materialmente constitucional, a Constituição da Guatemala<sup>153</sup> atribui aos ditos tratados condição especial (art. 46), atribuindo a preeminência sobre a legislação ordinária, bem como sobre o restante do direito interno. A Constituição da Nicarágua, por sua vez, anexa à sua enumeração constitucional de direitos, para fins de proteção, os direitos consagrados nos seguintes instrumentos: Declaração Universal dos Direitos Humanos, Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

---

<sup>151</sup> Constituição do Peru de 1979 - Artigo 101. Los tratados internacionales celebrados por el Peru con otros Estados, forman parte del derecho nacional. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero.

<sup>152</sup> Constituição do Peru de 1979 – Artigo 105. Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución.

<sup>153</sup> Constituição da Guatemala – Artigo 46. Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.

Após a reforma em 1989, a Constituição do Chile<sup>154</sup> passou a dispor, no seu art. 5º que: “É dever dos órgãos do Estado respeitar e promover tais direitos garantidos por esta Constituição, assim como pelos tratados internacionais ratificados pelo Chile e que se encontrem vigentes”. Nessa mesma linha, encontra-se a Constituição da Colômbia<sup>155</sup> de 1991, reformada em 1997, cujo art. 93 traz disposição no sentido de que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos devidamente ratificados pela Colômbia têm *prevalência* na ordem interna, e que os direitos humanos constitucionalmente assegurados serão interpretados de conformidade com os tratados de direitos humanos ratificados pela Colômbia. Acrescenta ainda o seu art. 94 que a “enunciação dos direitos e garantias contidos na Constituição e em convênios internacionais vigentes, não deve ser entendida como negação de outros que, sendo inerentes à pessoa humana, não figurem expressamente neles”<sup>156</sup>. E ainda, segundo o art. 164 da Carta colombiana. “o Congresso dará prioridade ao trâmite de projetos de lei aprovatórios dos tratados sobre direitos humanos que sejam submetidos à sua consideração pelo governo”<sup>157</sup>.

---

<sup>154</sup> Constituição do Chile – Artigo 5º- La soberanía reside (...) El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

<sup>155</sup> Constituição da Colômbia – Artigo 93 . Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

<sup>156</sup> Constituição da Colômbia – Artigo 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

<sup>157</sup> Constituição da Colômbia – Artigo 164. El Congreso dará prioridad al trámite de los proyectos de ley aprobatorios de los tratados sobre derechos humanos que sean sometidos a su consideración por el Gobierno.

A Constituição Argentina<sup>158</sup>, reformada em 1994, estabelece em seu artigo 75, inc. 22, que determinados tratados e instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos nele enumerados têm *hierarquia constitucional*, só podendo ser denunciados mediante prévia aprovação de dois terços dos membros do Poder Legislativo. A Carta Magna Argentina indica que têm essa hierarquia os seguintes instrumentos: a) Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; b) Declaração Universal dos Direitos Humanos; c) Convenção Americana sobre Direitos Humanos; d) Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; e) Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; f) Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio; g) Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial; h) Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; i) Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, e a j) Convenção sobre os Direitos da Criança.

As reformas constitucionais latino-americanas têm adotado uma técnica que consiste em “dispor sobre a procedência do recurso de *amparo* para a salvaguarda dos direitos consagrados nos tratados de direitos humanos”<sup>159</sup>, a exemplo da Constituição da Costa Rica<sup>160</sup>, reformada em 1989, artigo 48; além

---

<sup>158</sup> Constitución Argentina – artículo 75. Corresponde al Congreso: 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención (...): en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

<sup>159</sup> TRINIDADE, Antonio Augusto Cançado. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos: a incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. 2ª edição. Brasília: IIDH, 1996, p. 21-22.

<sup>160</sup> Constitución da Costa Rica – Artículo 48. Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10.

da Constituição da Argentina<sup>161</sup>, artigo 43; outras Constituições optam por referir-se à normativa internacional em relação a um determinado direito, para o qual 'a fonte internacional adquire hierarquia constitucional' (Constituições do Equador<sup>162</sup>, artigo 17; de El Salvador<sup>163</sup>, artigo 28; de Honduras<sup>164</sup>, artigo 119, 2)". Para Cançado Trindade, as Constituições latino-americanas supracitadas reconhecem assim a relevância da proteção internacional dos direitos humanos e dispensam atenção e tratamento especiais à matéria. Ao reconhecerem que sua enumeração de direitos não é exaustiva ou supressiva de outros, descartam o princípio de interpretação das leis *inclusio unius est exclusio alterius*. 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. (...) A tendência constitucional contemporânea de dispensar um tratamento especial aos tratados de direitos humanos é, pois, sintomática de uma escala de valores na qual o ser humano passa a ocupar posição central<sup>165</sup>.

A Carta venezuelana de 1999, modelo de constitucionalismo democrático e protetor de direitos, é a constituição latino-americana que mais evoluiu em termos de proteção dos direitos humanos. Nesse sentido, a

---

<sup>161</sup> Constituição da Argentina – Artigo 43. Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

<sup>162</sup> Constituição do Equador – Artigo 17. El Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes. Adoptará, mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos.

<sup>163</sup> Constituição de El Salvador – Artigo 28. El Salvador concede asilo al extranjero que quiera residir en su territorio, excepto en los casos previstos por las leyes y el Derecho Internacional. No podrá incluirse en los casos de excepción a quien sea perseguido solamente por razones políticas. La extradición será regulada de acuerdo a los Tratados Internacionales y cuando (...)

<sup>164</sup> Constituição de Honduras – Artigo 119. El Estado tiene la obligación de proteger a la infancia. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. Las leyes de protección a la infancia son de orden público y los establecimientos oficiales destinados a dicho fin tiene carácter de centros de asistencia social.

<sup>165</sup> TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. A interação entre o direito..., p. 21-22.

Constituição da Venezuela<sup>166</sup>, dispõe, em seu art. 23, que os tratados, pactos e convenções internacionais relativos a direitos humanos, subscritos e ratificados pela Venezuela, têm *hierarquia constitucional e prevalecem* na ordem interna, na medida em que contenham normas sobre seu gozo e exercício *mais favoráveis* às estabelecidas pela Constituição e pela Lei da República, e são de *aplicação imediata* e direta pelos tribunais e demais órgãos do Poder Público. Trata-se da consagração, em sede constitucional, das regras que vários internacionalistas vêm defendendo há vários anos, tendo em vista que dá aos tratados de direitos humanos hierarquia constitucional e incorporação automática, além, é claro, de erigir expressamente o princípio da primazia da norma mais favorável a princípio hermenêutico constitucional.

Portanto, os textos constitucionais de alguns países latino-americanos são reflexo do constitucionalismo que vem se desenvolvendo em todos os países democráticos do mundo. O Brasil adotou norma constitucional que possibilitava interpretação no sentido de não ficar atrasado em relação aos demais países da América Latina, no entanto, preponderou a adoção de alguns dos conceitos equivocados tanto na doutrina como na jurisprudência. No final deste trabalho, enfrentar-se-á a análise do §3 do artigo 5º introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, e as recentes alterações interpretativas quanto à hierarquia das normas de tratados de direitos humanos.

---

<sup>166</sup> Constituição da Venezuela – Artigo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

## CAPÍTULO IV

### A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS ELENCADOS EM TRATADOS RATIFICADOS PELO BRASIL

#### 4.1 A evolução jurisprudencial brasileira sobre tratados de Direitos Humanos

Neste capítulo, analisa-se o processo de constitucionalização de direitos humanos elencados em tratados e convenções ratificados pelo Brasil, a partir da polêmica Inclusão do §3º no art. 5º da Constituição brasileira. Verifica-se a repercussão dessa alteração constitucional, analisando a ocorrência de avanço ou retrocesso na incorporação de direitos humanos ao ordenamento jurídico, sendo que, inicialmente, faz-se necessário avaliar a evolução da jurisprudência até as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, para, logo a seguir, analisar a significativa mudança que está em curso na jurisprudência.

No capítulo anterior foi abordada a problemática da hierarquia dos tratados internacionais, sendo importante mencionar, ainda, que essa matéria não é disciplinada pela Constituição brasileira de 1988. Os constituintes silenciaram a respeito dessa questão, seguindo uma tradição que se arrasta, sem inovações, desde a primeira Constituição da República<sup>167</sup>, de 1881. Assim, é em nível jurisprudencial que a questão encontra uma solução que permite uma uniformidade de aplicação. Nesse sentido, é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que vai estabelecer a interpretação que se deve dar ao problema.

Inicialmente o entendimento do Supremo era o da primazia do direito internacional sobre o interno. Assim, encontramos vários julgamentos que, desde o início do século passado até o ano de 1977, estabelecem a prevalência dos tratados em caso de conflito com normas de direito interno.

---

<sup>167</sup> Refere Mirto Fraga que a Constituição do Império nada dispunha sobre o assunto e a Constituição de 1891 trazia um dispositivo, semelhante ao da atual Constituição, que previa a análise pelo Supremo dos recursos às decisões de tribunais inferiores fundadas em convenções ou tratados internacionais. (FRAGA, Mirtô. O conflito entre norma de tratado internacional e o direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 1998, pg. 48)

Nesse sentido, foram julgados o Pedido de Extradicação nº 7<sup>168</sup> de 1913, a Apelação Civil nº 7.872<sup>169</sup> de 1943 e a Apelação Cível nº 9.587<sup>170</sup> de 1951. No Pedido de Extradicação, foi reconhecido pelo Supremo que ele não possuía competência para esse julgamento, ainda que a Lei 2.416 de 1911 previsse a necessidade de análise do Supremo da legalidade e procedência da extradicação. A decisão ocorreu em virtude de a extradicação ser regulada por um tratado celebrado com a Alemanha em 1878. Na apelação Civil nº 7.872, discutia-se o conflito entre um tratado que versava sobre isenções aduaneiras e uma lei posterior a ele. Na decisão, foi estabelecido que o tratado altera os conteúdos referidos nas leis anteriores, assim como o tratado prevalece ainda que a lei seja posterior. Por fim, na Apelação Civil 9.587, foi confirmado o entendimento de que o tratado é superior à lei interna, revogando-a e por ela não podendo ser revogado. Nessa Apelação discutia-se a aplicação de um Tratado de comércio entre Estados Unidos e Brasil, em detrimento de um Decreto-Lei quanto ao Imposto de Consumo aplicado à importação de equipamentos pela *Cia. Rádio Internacional do Brasil*.

Entretanto, esse posicionamento da Suprema Corte em relação aos tratados internacionais perdurou somente até o ano de 1977, quando, em um julgamento, o STF alterou seu entendimento sobre a questão. Esse julgamento paradigmático é o Recurso Extraordinário 80.004-SE, que discutia a possibilidade de ação ordinária de cobrança contra avalista de título não levado a registro, segundo a redação da Convenção de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias (Lei Uniforme de Genebra), ou a impossibilidade dessa ação de cobrança, segundo o disposto pelo Decreto-Lei nº 427/69<sup>171</sup>. Relevante mencionar que o Decreto-Lei é posterior à Convenção de Genebra, que entrou em vigor com o Decreto nº 57.663 de 1966, pois esse foi um dos argumentos que norteou a decisão do Supremo, ao aplicar o princípio do *Lex*

---

<sup>168</sup> FRAGA, Mirtô. O conflito entre norma de tratado internacional e o direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 1998, pg. 99-10

<sup>169</sup> FRAGA, Mirtô. O conflito entre norma de tratado... pg. 100-101

<sup>170</sup> FRAGA, Mirtô. O conflito entre norma de tratado... pg. 102-103

<sup>171</sup> Segundo a Lei Uniforme de Genebra, subsistiria a responsabilidade do avalista pelas notas promissórias, ainda que não levadas a registro. Já o Decreto-Lei nº 427/69 declara a nulidade do documento não registrado. Não havendo título, eis que nulo, nula também é a obrigação nele expressa. (FRAGA, Mirtô. O conflito entre norma de tratado... pg. 110-111)

*posterior derogat priori*, estabelecendo a equivalência entre norma de direito interno e tratados internacionais.

Assim, ficou assentado o entendimento de que, em caso de conflito entre norma de direito interno e tratado, por ser silente a Constituição a respeito de qual deve prevalecer, deve a última expressão do legislativo sobrepujar a antiga norma. Assim, equiparou-se o tratado às normas de direito interno, sendo que a lei posterior revogaria o tratado anterior, bem como o tratado posterior revogaria a lei anterior. Em verdade, os ministros adotaram o entendimento de que a derrogação do tratado por lei posterior não significa a sua revogação, já que a lei simplesmente afasta as disposições dos tratados com ela incompatíveis enquanto estiver em vigor, voltando a ser aplicadas as determinações do tratado em caso de a lei deixar de existir.

Desde então, e a despeito de todas as críticas erigidas pela doutrina, a tese da paridade entre tratado e lei interna, também chamada de *monismo nacionalista moderado* é a adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

Veio a corroborar com o entendimento então dispensado pelo Supremo sobre a matéria no referido Recurso Extraordinário a Constituição de 1988, especificamente em seu artigo 102, III, b, que dispõe sobre a competência do STF para julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de lei federal ou tratado. Esse dispositivo constitucional estaria igualando hierarquicamente as normas provenientes dos dois diplomas, por dar a elas o mesmo tratamento.

Ainda que amparada constitucionalmente, a tese do *monismo nacionalista moderado* é amplamente rejeitada pela doutrina<sup>172</sup>. O principal fundamento é o que diz respeito ao princípio do *pacta sunt servanda*, que prevê o dever de um país respeitar aquilo que for convencionado internacionalmente. Portanto, admitir que um compromisso internacional possa ser suprimido em virtude de lei criada posteriormente a ele é uma séria afronta ao *pacta sunt servanda* e ao princípio da boa-fé internacional. De outro modo, percebe-se

---

<sup>172</sup> Entre eles destacam-se Flávia Piovesan, Mirtô Fraga, Valério Mazzuoli, Antônio Augusto Cançado Trindade e Francisco Rezek.

que não pode o legislativo, após manifestar sua aquiescência ao tratado celebrado, vir a editar uma lei que contrarie as normas aprovadas, devendo essa aprovação significar um comprometimento do legislativo em não editar leis contrárias.

A doutrina pátria defende a idéia de que se deve dar aos tratados internacionais um tratamento supralegal, como forma de garantir sua vigência mesmo em caso de lei interna superveniente. Essa interpretação é a mais adequada aos princípios elencados no art. 4º da Constituição<sup>173</sup>, bem como aos princípios que regem o direito internacional<sup>174</sup>.

Quanto à hierarquia dos tratados internacionais referentes a direitos humanos, percebemos um tratamento constitucional diferenciado em relação a eles, conforme abordado no capítulo anterior. Assim, o art. 5º, § 2º da Constituição estabelece uma cláusula aberta que permite a equiparação desses tratados a normas constitucionais<sup>175</sup>. Convém mencionar que esse dispositivo recepcionou na nova constituição todos os tratados de direitos humanos pactuados no período anterior a 1988.

A partir de então é que começaram a surgir processos demandando a aplicação de tratados de proteção aos direitos humanos em nível constitucional. E quanto a essa problemática, ainda não havia manifestação do

---

<sup>173</sup> Constituição da República Federativa do Brasil, Art. 4º: “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político.”

<sup>174</sup> Nesse sentido é a doutrina de Flávia Piovesan, para quem os tratados tradicionais têm hierarquia infraconstitucional e supralegal, posicionamento coerente com o princípio da boa-fé internacional e com o art. 27 da Convenção de Viena que proíbe aos Estados invocar disposições internas para obstar o cumprimento de tratados. (PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional, 9.ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p.60) Do mesmo modo, entende Valério Mazzuoli que os tratados internacionais ratificados pelo Brasil situam-se em um nível intermediário entre a Constituição e a legislação ordinária, não podendo ser revogados por leis posteriores. (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do Tratado na ordem jurídica brasileira. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. pg. 205)

<sup>175</sup> Valério Mazzuoli refere, nesse sentido, que a Constituição de 1988 cria uma *dupla fonte normativa* no que se refere ao sistema de direitos e garantias; uma advinda do direito interno e outra decorrente do direito internacional.

Supremo Tribunal Federal até o ano de 1995, quando finalmente a questão foi apreciada.

Ressalta-se que, ao decidir pela paridade entre tratado e norma de direito interno, o Supremo analisava casos que não diziam respeito aos direitos humanos, casos esses que foram julgados, em sua maioria, antes da entrada em vigor da Constituição de 1988. Contudo, mesmo com vários argumentos para deixar de adotar a paridade entre lei e tratado, mesmo após a entrada em vigor da “nova” Constituição, a Suprema Corte manteve seu entendimento, aplicando-o inclusive quanto aos tratados internacionais de direitos humanos.

Assim, no julgamento do *Habeas Corpus* 72.131, o STF denegou o pedido do impetrante, mantendo preso o devedor infiel<sup>176</sup>, contrariando o disposto no Pacto de São José da Costa Rica que proíbe a prisão civil por dívidas, em virtude de o Decreto-Lei 911/69 prever essa modalidade de prisão. O argumento utilizado pelos ministros para afastar a incidência do art. 5º, §2º da Constituição foi o risco de que um tratado, aprovado em quorum simples, crie uma emenda à Constituição, para a qual se exige quorum qualificado. Referiram, ainda, que a ordem constitucional brasileira deveria prevalecer sobre os tratados internacionais.

Afastado o status constitucional do Pacto de São José da Costa Rica, o Pleno do Excelso Pretório entendeu pela aplicabilidade da prisão referida, uma vez que o Pacto de São José de Costa Rica teria natureza geral em face das normas especiais previstas em lei ordinária sobre a prisão civil do depositário infiel. Dessa forma, a partir desses julgamentos, o STF passou a aceitar a adoção do critério da especialidade (*lex specialis derogat generalis*) para a resolução dos conflitos entre leis internas e tratados internacionais, uma vez que, antes desses julgados, adotava-se apenas o critério cronológico.

Também o julgamento do *Habeas Corpus* 79.785 de 2000 é no sentido de considerar equivalentes o tratado internacional de direitos humanos e a lei ordinária. Nesse julgamento, discute-se a aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos, especificamente quanto à garantia do duplo grau de

---

<sup>176</sup> A problemática sobre a prisão civil do depositário infiel será aprofundada no próximo ponto do presente trabalho.

jurisdição, em face da Constituição Federal. Esse *Habeas* foi impetrado por uma paciente que, condenada em processo originário do Tribunal do Rio de Janeiro, não pôde apresentar recurso de apelação. Posteriormente, tentou apelar inominadamente para o STJ, o qual não recebeu o recurso, tendo, por fim, buscado junto ao STF, através do *Habeas Corpus*, o direito ao duplo grau de jurisdição, valendo-se, para tanto, da disposição do art. 8º, §2º da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>177</sup>.

Contudo, o Supremo indeferiu o pedido da impetrante por considerar que não pode a Constituição ab-rogar normas, no caso específico normas que estabelecem a competência dos Tribunais para processo e julgamento, em virtude de uma convenção internacional. Ademais, manteve-se o entendimento que equipara lei interna e tratado internacional, a despeito da posição do relator Ministro Sepúlveda Pertence, no sentido de que os tratados de direitos humanos teriam nível supralegal mas infraconstitucional, ou seja, estariam acima das leis federais mas abaixo da Constituição Federal.

Dessa forma, ficou consolidado, também para os tratados internacionais de direitos humanos, o entendimento segundo o qual se deve dispensar a eles o mesmo tratamento de lei federal, inobstante a existência de dispositivo que regula especificamente esses tratados.

Por estar esse entendimento em dissonância com a moderna interpretação internacional de proteção aos direitos humanos e em desconformidade com a correta interpretação dos dispositivos da Constituição, o Supremo Tribunal passou a ser severamente criticado por parcela significativa da doutrina brasileira<sup>178</sup>.

---

<sup>177</sup> Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) Art. 8º §2º. “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.”

<sup>178</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado em palestras ministradas em Curitiba e São Paulo. PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional, 9.ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p.60. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direito internacional Público. 2ª ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. LAFER, Celso. A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais. São Paulo: Ed. Manole, 2005.

A argumentação crítica consistia na seguinte idéia: não deve prosperar a alegação de que conferir status constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos significa possibilitar emendas à Constituição, pois o que ocorre é que os tratados somente completam a Constituição quanto às disposições mais benéficas ao cidadão. Em caso de um tratado elencar um direito de forma menos abrangente que a prevista na Carta Magna, esta última deve ser aplicada. Ainda, se a Constituição estabelece que os direitos e garantias nela expressos podem ser complementados por outros oriundos de tratados, não se pode imaginar que os últimos tenham hierarquia diferente dos primeiros<sup>179</sup>.

Muitos são os argumentos pelos quais se devem considerar com status constitucional os tratados internacionais de direitos humanos e considerar com status supralegal os demais tratados, conforme visto no capítulo precedente. A tese adotada pelo STF, a de equiparar tratados tradicionais à tratados de direitos humanos, está sendo revista, pois estão em votação processos referentes à prisão civil do depositário infiel, vetada pelo Pacto de São José da Costa Rica. A respeito dessa questão, tratar-se-á no próximo item.

#### **4.2 Nova interpretação das Convenções internacionais sobre prisão por dívida: um novo paradigma**

As recentes decisões do judiciário brasileiro, notadamente do Supremo Tribunal Federal, envolvendo a temática da prisão por dívida (prisão civil dos depositários infielis, depositários judiciais ou não e dos devedores fiduciários), tem como conteúdo relevante e determinante o que dispõem a Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de São José da Costa

---

<sup>179</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do Tratado na ordem jurídica brasileira. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p. 238

Rica (Art. 7º, § 7º)<sup>180</sup> e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 11)<sup>181</sup>.

O processo de crescente internacionalização dos direitos humanos e a discussão relevante em torno do alcance e precedência dos direitos fundamentais da pessoa humana fazem com que o tema da prisão civil por dívida seja analisado na perspectiva dos documentos internacionais, especialmente na dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos.

Além disso, registre-se que vem ocorrendo uma clara tendência no sentido da abolição desse instrumento de coerção processual, que constitui resquício de uma prática que já havia sido extinta com o advento da “Lex Poetelia Papiria”, no século V Antes de Cristo, na Roma republicana. Esse histórico marco jurídico que reformou o processo civil romano, diminuindo o rigorismo quanto aos devedores, aboliu a faculdade de matar o devedor insolvente, de vendê-lo como escravo, ou de detê-lo na cadeia, pois anteriormente, havia previsão de que a pessoa do devedor era adjudicada ao credor e reduzida a cárcere privado durante sessenta dias. Portanto, é de bom alvitre que, em pleno século XXI, a possibilidade de prisão do devedor não seja regra de direito positivo.

Nesse sentido, é necessário interpretar que a Constituição brasileira de 1988 ao dispor, em seu art. 5º, inciso LXVII, que “Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”, apenas contempla a possibilidade de o legislador comum limitar o alcance da vedação constitucional pertinente à prisão civil nas duas hipóteses elencadas: inadimplemento de obrigação alimentar e infidelidade depositária.

Assim, inquestionavelmente o que está fixado na Constituição da República é a vedação da prisão civil por dívida, prevendo, apenas, a possibilidade de o legislador ordinário instituí-la em duas situações

---

<sup>180</sup> O art. Art. 7º, § 7º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos prescreve que “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”

<sup>181</sup> Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, Art. 11: “Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual.”

excepcionais. Também é inquestionável que a prisão civil, que não é pena, mas simples medida de coerção jurídico-processual<sup>182</sup>, não foi instituída pela Constituição Federal.

Portanto, sem lei reguladora do instituto da prisão civil nas situações referidas, não se torna juridicamente viável a decretação judicial desse meio de coerção processual, pois a regra inscrita no inciso LXVII do art. 5º da Constituição não tem aplicabilidade direta. O que pode ser aplicado diretamente nos casos concretos é o núcleo essencial do dispositivo constitucional (garantia fundamental) “não prisão por dívida”.

O legislador ordinário não está vinculado às exceções constitucionais que meramente permitem – mas não obrigam – a instituição, pelo Congresso Nacional, da prisão civil<sup>183</sup>. Ainda quanto à questão da regulação, é preciso examinar esse instrumento coativo sob uma perspectiva eminentemente infraconstitucional e, conseqüentemente, sob a análise da pertinência e constitucionalidade, considerando os princípios adotados e os compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro.

No tocante à prisão do devedor de prestação alimentícia, não há grandes discussões, eis que somente pode ser admitida quando o inadimplemento for voluntário e inescusável. A prisão nesse caso é um meio de coerção processual que visa a garantir a subsistência do alimentando, portanto, sacrifica-se a liberdade daquele que inescusavelmente ou por vontade própria não quer ou não se importa com a manutenção da vida de outrem. A possibilidade de prisão do omissor em prestar alimentos para assegurar um valor mais importante também é uma previsão que consta em documentos internacionais de proteção aos direitos humanos, como o Pacto de São Jose da Costa Rica.

---

<sup>182</sup> Jurisprudências do STF que vão no mesmo sentido de considerar a prisão civil como simples medida de coerção jurídico-processual: HC 71.038/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RHC 66.627/SP, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI.

<sup>183</sup> Nesse mesmo sentido, a Segunda Turma do STF, ao julgar o HC 74.383/MG, Rel. p/ o acórdão Min. MARCO AURÉLIO (RTJ 166/963), pôs em destaque a não-vinculatividade do legislador e ressaltou como fundamento essencial de sua decisão, o que dispõem o art. 4º, II, e o art. 60, § 4º, IV, da Constituição, enfatizando a primazia que os direitos e garantias individuais ostentam em nosso ordenamento positivo.

Já a previsão de prisão do depositário infiel, mesmo a constituição autorizando (formalmente) a possibilidade de legislação nesse sentido, contraria os postulados da dignidade humana, tanto da concepção jusnaturalista como da juspositivista. O princípio da dignidade da pessoa humana poderia ser afetado se no embate entre os princípios da liberdade e da propriedade prevalecer axiologicamente o interesse patrimonial, com a definição de que a pessoa devedora deve ter sacrificada a sua liberdade como forma de coação que atenda os interesses do credor (detentor da pretensão patrimonial). A definição da prisão do depositário por meio de regras jurídicas, além de não ser condizente com as atitudes próprias dos tempos em que vivemos, também contraria regras já adotadas nos ordenamentos dos países (como o Brasil) que internalizaram tratados e convenções internacionais em que a dignidade humana é considerada norma jurídica de efeito vinculante e supra-legal ou constitucional<sup>184</sup>, como o art. Art. 7º, § 7º do Pacto de São José da Costa Rica e o Artigo 11do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica - Art. 7º, § 7º) -, ao limitar a possibilidade da prisão civil, reduzindo-a a uma única e só hipótese (inexecução voluntária e inescusável de obrigação alimentar), nada mais reflete senão aquele grau de preeminência hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos em face da legislação comum, de caráter infraconstitucional, editada pelo Estado brasileiro.

Essa relevante Convenção, instituída pelo Pacto de São José da Costa Rica, a que o Brasil aderiu em 25 de setembro de 1992, foi incorporada ao nosso sistema de direito positivo interno pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, reiterando os grandes princípios proclamados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e pela Carta da Organização dos Estados Americanos. Constitui-se instrumento normativo destinado a desempenhar um papel importantíssimo no âmbito do sistema interamericano de proteção aos

---

<sup>184</sup> Em Jurisprudência do STF, no HC 87.585/TO, o ministro Gilmar Mendes em seu voto preconiza caráter de supralegalidade aos tratados internacionais de direitos humanos, enquanto que o Ministro Celso de Mello atribui hierarquia constitucional.

direitos da pessoa humana, qualificando-se, sob tal perspectiva, como peça complementar no processo de tutela das liberdades públicas fundamentais.

A vedação de prisão de devedor também está no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, celebrado sob os auspícios da Organização das Nações Unidas e revestido de projeção global no plano de proteção dos direitos essenciais da pessoa humana, prevendo, em seu Artigo 11, que “Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual”.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos foi adotado pela Resolução n.º 2.200-A da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966. Foi aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 226, de 12.12.1991, tendo sido ratificado em 24 de janeiro de 1992. Entrou em vigor em 24.4.1992 e foi promulgado pelo Decreto n.º 592, de 6.7.1992. Já o Pacto de São José da Costa Rica ou Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo 27, de 25.09.1992, e promulgado pelo Decreto 678, de 06.11.1992.

Como pode ser observado, analisando-se esses pactos, há em curso um processo de reconhecimento, consolidação e contínua expansão dos direitos básicos da pessoa humana. Os tratados e convenções não mais consideram a pessoa humana como um sujeito estranho ao domínio de atuação dos Estados no plano externo. O eixo de atuação do direito internacional público contemporâneo passou a concentrar-se, também, na dimensão subjetiva da pessoa humana, cuja essencial dignidade veio a ser reconhecida, em sucessivas declarações e pactos internacionais.

Não restam dúvidas de que os tratados e convenções internacionais desempenham papel importantíssimo no plano da afirmação, da consolidação e da expansão dos direitos básicos da pessoa humana, dentre os quais se destaca o direito de não sofrer prisão por dívida – ressalvada a hipótese excepcional do inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentar.

A incidência das citadas convenções e de seus conteúdos nos casos concretos ocorre de forma intensa no Brasil a partir das novas interpretações

efetuadas por julgadores que admitem mudanças de posicionamento frente à reavaliação de certas premissas teóricas<sup>185</sup> e, principalmente, a partir das alterações na composição dos tribunais.

Dentre os vários casos recentes apreciados pelo Supremo Tribunal Federal em que preponderou a aplicação das normas de Direitos Humanos oriundas de tratados e convenções, está o Habeas Corpus (HC-QO 94307)<sup>186</sup>, concedido, no mês de abril de 2008, a uma depositária judicial, do Estado do Rio Grande do Sul, que em questão de ordem teve a liberdade deferida de ofício, em habeas corpus contra acórdão de Turma do STF<sup>187</sup>. Foi um caso excepcional, porque se deferiu, de ofício, liminar em habeas corpus contra acórdão de Turma do Supremo, que não reconheceu constrangimento ilegal em decreto de prisão da paciente, a título de infidelidade como depositária judicial.

A Decisão do Tribunal, por unanimidade dos presentes, deferiu a cautelar, reconhecendo a impossibilidade de prisão civil de depositário infiel (mesmo em caso de depósito típico). Essa mesma paciente teve seu pedido denegado por turma do STF poucos meses antes, quando a decisão foi por não aplicar o Pacto de São Jose da Costa Rica.

Essa decisão ocorre em um momento de mudança de posicionamento do STF que até recentemente considerava possível a prisão civil do depositário infiel. É somente com o julgamento dos Recursos Extraordinários 466.343/SP e

---

<sup>185</sup> O ministro do STF, Celso de Mello, no seu voto, folha 19, do HC 87.585/TO, ao reconhecer que às convenções internacionais de direitos humanos é conferida a hierarquia constitucional, faz menção que altera seu posicionamento expresso no julgamento anterior ADI 1.480-MC/DF, afirmando que: “julguei necessário reavaliar certas formulações e premissas teóricas que me conduziram, então, naquela oportunidade, a conferir, aos tratados internacionais em geral (qualquer que fosse a matéria neles veiculada), posição juridicamente equivalente à das leis ordinárias”.

<sup>186</sup> HC-QO 94307. Disponível no site: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>, acesso em 9 de setembro de 2008.

<sup>187</sup> O julgamento definitivo desse processo pelo Pleno do STF ocorreu na SESSÃO PLENÁRIA DE 19.02.2009 - Decisão: O Tribunal, por maioria, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, não conheceu do pedido e, por unanimidade, concedeu habeas corpus de ofício, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello, a Senhora Ministra Ellen Gracie e, neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Gilmar Mendes.

349.703/RS e do *Habeas Corpus* 87.585/TO<sup>188</sup> que o tema vem tendo tratamento diverso daquele estabelecido pela Suprema Corte em diversos julgamentos anteriores, que tiveram no *Habeas Corpus* 72.131/RJ seu marco fundamental.

Esse Habeas Corpus foi julgado em 1995, 3 anos após a entrada em vigor dos já citados tratados de San José da Costa Rica e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, tendo o Supremo, por sete votos a quatro, indeferido o pedido para soltura do paciente que se encontrava preso em razão de figurar como depositário infiel. O convencimento dos ministros foi no sentido de considerar que os tratados internacionais ingressam na ordem jurídica brasileira com força de lei ordinária, não sendo possível a aplicação do §2º do art. 5º com o receio de que eventual recepção constitucional realizada através desse parágrafo significasse a elaboração de emenda constitucional. Assim, tendo apenas força de lei ordinária, esses tratados não poderiam desautorizar a Constituição que prevê a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, instituída em nosso ordenamento em legislação específica.

No mesmo sentido do HC 72.131, vieram os julgamentos dos Recursos Extraordinários (RE) 206.482/SP, (RE) 243.613/SP e do Habeas Corpus (HC) 76.561/SP<sup>189</sup>, mantendo o posicionamento favorável à prisão civil do depositário infiel. Assim, firmou-se o entendimento do STF sobre o tema que, apenas recentemente vem sendo alterado.

Dessas decisões, é interessante comentar especificamente o Recurso Extraordinário (RE) 243.613/SP, no qual, em decisão monocrática, foi dado provimento a recurso do banco Itaú contra decisão do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo que não admitiu a prisão civil do devedor-alienante (depositário infiel). O fato singular desse julgado é que o Ministro Carlos Velloso fundamentou toda sua decisão no sentido contrário à prisão civil do depositário infiel, por considerar, entre outros motivos, que o art. 7º item 7 do Pacto de San

---

<sup>188</sup> RE 466.343/SP, RE 349.703/RS e HC 87.585/TO. Disponível no site: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>, acesso em 10 de setembro de 2008.

<sup>189</sup> HC 72.131/RJ, RE 206.482/SP, RE 243.613/SP e HC 76.561/SP. Disponível no site: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>, acesso em 11 de setembro de 2008.

José da Costa Rica constitui-se em direito fundamental material, em pé de igualdade com os demais direitos fundamentais expressos na Constituição Federal. No entanto, ao fim de sua fundamentação, embora tivesse o entendimento de que a prisão do depositário infiel é uma violência à Constituição, decidiu: “Não devo, entretanto, arrostar o decidido pelo Plenário. Assim, com a ressalva do meu entendimento pessoal a respeito do tema, (...), conheço do recurso e dou-lhe provimento”<sup>190</sup>.

O ministro Marco Aurélio do STF, em decisão monocrática recente, no Habeas Corpus nº 92566/SP, acatou os argumentos do impetrante que afirma que ordem de prisão, fundada em descumprimento de atos da vida privada, não encontra amparo na legislação atual, considerando-se que a Emenda Constitucional nº 45/2004, que acrescentou o §3º ao artigo 5º da Constituição Federal, conferiu aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos – entre os quais se insere o Pacto de São José da Costa Rica – o status de norma constitucional. Ressalta não mais se poder falar, no cenário jurídico atual, em prisão civil, ressalvada a do devedor de prestação alimentícia.

A mudança de entendimento jurisprudencial do supremo Tribunal Federal se concretizou, em dezembro de 2008, no julgamento dos Recursos Extraordinários (RE) 349703 e 466343, bem como nos Habeas Corpus (HC) 87585 e 92566/SP. Nos dois primeiros, em processos contra clientes, os bancos Itaú e Bradesco questionaram decisões que entenderam inaplicável a prisão do depositário infiel. Já o *Habeas Corpus* 87585 foi impetrado para conceder liberdade ao depositário infiel que teve prisão decretada por Acórdão do Superior Tribunal de Justiça.

Acentua-se que no HC 87585/TO O Tribunal, por votação unânime, concedeu a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Todos os ministros que participaram da votação decidiram contra a prisão civil por dívida do depositário infiel. Esse *Habeas Corpus* foi impetrado por um cidadão do estado de Tocantins, no ano de 2005, contra o Superior Tribunal de Justiça por

---

<sup>190</sup> HC 92566/SP. Disponível no site: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>, acesso em 12 de setembro de 2008.

não dar seguimento a recurso ordinário interposto ao acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que determinava a prisão por 60 dias do paciente. Em decisão liminar datada de 20 de dezembro de 2005, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, foi concedida tutela provisória ao impetrante. Em posterior julgamento, a Turma decidiu afetar o julgamento da questão ao plenário do Supremo que, finalmente, em dezembro de 2008 finalizou o processo.

Um dos votos apresentados nesse processo, o do Ministro Gilmar Mendes, enfatiza não ser favorável à Hierarquia Constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, e, sim, defende a supralegalidade das normas recepcionadas. Para a questão da prisão do depositário infiel, essa diferença de posicionamento quanto à hierarquia das normas não traz prejuízo, posto que a previsão legal da prisão se dá por lei ordinária.

É de se ressaltar o voto proferido pelo Ministro Celso de Melo, em março de 2008, que alterando sua posição anterior sobre o tema, deixou de considerar a prisão civil por dívidas do depositário infiel uma exceção constitucional, e passou a considerá-la inadmissível. Em seu voto, citando doutrinadores como Flávia Piovesan e Cançado Trindade, defendeu a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, por força do §2º art. 5º da Constituição Federal, aplicável, portanto, aos tratados de San José da Costa Rica e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, tornando inconstitucional a prisão do depositário infiel. Ainda sobre o tema, invocou o disposto no artigo 4º, inciso II, da Constituição, que prevê a prevalência dos direitos humanos como princípio nas suas relações internacionais, para complementar a tese de que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos devem ter a proteção constitucional.

Além dessas decisões de dezembro de 2008, o STF já vinha concedendo liminares<sup>191</sup> para assegurar a diversos pacientes a inexecução de ordens de prisão de depositários infielis, fundamentadas na alteração iminente,

---

<sup>191</sup> Nesse sentido, Habeas Corpus (HC) 92613/MG e Habeas Corpus (HC) 94013/SP, nos quais foi deferida liminar para suspender ordem de prisão de possíveis depositários infielis; e Habeas Corpus (HC) 95170 no qual, liminarmente, foi concedido salvo-conduto para evitar que o paciente fosse preso como depositário infiel.

ora consolidada, de posicionamento do Supremo para considerar inconstitucional esse tipo de prisão.

Assim, essa mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal ao interpretar que a prisão civil somente subsistirá para os inadimplentes de prestação alimentícia e que deve ser observado o que dispõem a Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos quanto à prisão por dívida, sinaliza que a não-prisão do depositário infiel é o caso paradigmático dessa importante evolução no direito brasileiro.

### **4.3 A Inclusão do §3º no art. 5º da Constituição brasileira: avanço ou retrocesso na constitucionalização dos Direitos Humanos?**

#### **4.3.1 A possibilidade de constitucionalização formal pelo §3º do art. 5º**

Com a entrada em vigor do § 3º introduzido pela EC n° 45 no artigo 5º da Constituição, no final de 2004, ficou estabelecido de forma bem específica o procedimento a ser adotado para a incorporação, no sistema interno, dos tratados internacionais de direitos humanos com status ou equivalentes às emendas constitucionais, ou seja: para que se realize o processo de constitucionalização formal dos direitos humanos elencados em tratados ou convenções, esses deverão ser aprovados em procedimento semelhante às emendas constitucionais.

A emenda n° 45 não alterou o procedimento de atuação do Congresso no processo de celebração dos tratados internacionais de direitos humanos, que continua sendo aprovar ou não seu conteúdo, por decreto legislativo e quorum de maioria simples, nos termos do art. 49, inciso I, da Constituição, antes da ratificação pelo Presidente da República.

O procedimento disposto no dispositivo introduzido pela EC n° 45/2004 relaciona-se à questão da hierarquia (formal) dos tratados internacionais de direitos humanos, ou seja, a possibilidade de manifestação do Congresso Nacional para que esses tratados de direitos humanos sejam considerados

formal e materialmente constitucionais, e, dessa forma, equivalentes às emendas à Constituição.

Indubitavelmente, os tratados internacionais de direitos humanos estarão sujeitos à aprovação por maioria simples, do art. 49, I, da CF, para serem ratificados. Quando esse ato de ratificação estiver perfeito, os tratados e convenções ingressarão no ordenamento jurídico brasileiro como constitucionais, em razão de sua materialidade, e terão inclusive aplicabilidade imediata em decorrência do princípio consagrado no § 1º do art. 5º da CF/88.

Predomina o entendimento<sup>192</sup> de que, diante do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, os tratados internacionais de direitos humanos irradiam efeitos no cenário internacional e interno assim que ratificados, dispensando-se a edição do decreto de execução, que seria indispensável no caso dos demais tratados, e vem a ser um ato normativo nacional para o tratado ratificado pelo Presidente da República irradiar efeitos no âmbito interno.

A Constituição não especifica se as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais devem provir do direito interno ou do internacional, indica apenas que todas devem ter aplicação imediata, não importando o quorum de sua aprovação. Cumpre ressaltar que, a partir da entrada em vigor do tratado internacional, toda norma preexistente que seja com ele incompatível perde automaticamente a vigência.

Portanto, o § 3º do art. 5º do texto constitucional prevê a possibilidade de os tratados de direitos humanos serem considerados equivalentes formalmente às emendas constitucionais, se aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros. Trata-se, apenas de previsão (possibilidade) e não imposição (dever), eis que os tratados de direitos humanos após ratificados, tanto pela forma tradicional como pela definida pela Emenda Constitucional nº 45, poderão ser aplicados no sistema jurídico interno, tendo a garantia da materialidade constitucional.

---

<sup>192</sup> Predominância entre doutrinadores humanistas, sendo, ainda, muito forte a corrente contrária. PIOVESAN, Flavia. Temas de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 72

Com essa Emenda Constitucional, autoriza-se o Congresso Nacional a conferir a formalidade constitucional aos tratados de direitos humanos. Depreende-se que tais instrumentos internacionais poderão ser aprovados por maioria simples no Congresso Nacional ou poderão ser submetidos ao novo procedimento do §3º do art. 5º, ou ainda, poder-se-á deixar para um momento posterior, depois da ratificação, a decisão dos representantes do povo brasileiro de atribuir equivalência (formal) de emenda constitucional a esses tratados.

Assim, para ocorrer o processo de constitucionalização formal, os tratados internacionais de direitos humanos, ao serem submetidos ao procedimento previsto no § 3º do art. 5º, da CF/88, deverão tramitar pelo Poder Legislativo, observando-se algumas regras que deverão ser fixadas no Regimento Interno do parlamento brasileiro. Para tanto, já há três Projetos de Resolução sobre o tema tramitando na Câmara dos Deputados, sendo que cada um deles com suas especificidades que demonstram algumas divergências de interpretação sobre o processo de constitucionalização de direitos humanos.

O primeiro projeto de resolução, de número 204<sup>193</sup>, de 2005, no qual é proposta alteração do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, visando à adaptação à nova regra do §3º, define que a juízo do Presidente da República ou a requerimento de um terço dos membros da Câmara dos Deputados, os acordos internacionais de direitos humanos que se pretendam equivalentes a emenda constitucional terão tramitação específica definida em capítulo próprio a ser acrescido no Regimento Interno. Tais acordos passarão por exame de admissibilidade e conveniência na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania e exame de mérito em comissão especial, que redigirá o projeto de decreto legislativo. A matéria será então submetida à votação em plenário, considerando-se aprovada se obtiver o mesmo *quorum* requerido para as propostas de Emenda à Constituição, cujas regras de tramitação serão aplicadas subsidiariamente.

---

<sup>193</sup> Projeto de Resolução nº 204/2005 disponível em <[http://www.camara.gov.br/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=276829](http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=276829)>, acesso em 01.08.08.

O segundo projeto de resolução, de nº 271<sup>194</sup>, de 2005, dispõe sobre o processo legislativo das matérias previstas no art. 5º, §3º, da Constituição Federal, regulamentando que essas matérias devem ser submetidas a processo legislativo similar ao projeto anterior, com a previsão de comissão especial para a análise dos documentos internacionais e a aplicação, no que couber, do trâmite para as propostas de emenda à constituição. Por ser projeto que trata de mesma matéria tramita em apenso ao primeiro.

O terceiro projeto de Resolução 131<sup>195</sup>, de 2008, que disciplina a tramitação de mensagens relativas a tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos a ser aprovadas com eficácia de emenda constitucional, apresenta na sua justificativa a necessidade de regulação por dispositivo regimental que discipline a tramitação desses atos internacionais. Em linhas gerais, esse projeto, que também foi apensado ao primeiro, procura adaptar o regimento às regras regimentais aplicáveis à tramitação das propostas de emenda à Constituição, excluindo, obviamente, a fase de emendamento, inaplicável aos atos internacionais.

Portanto, os três projetos têm como finalidade regular a tramitação na Câmara dos Deputados dos tratados e convenções de direitos humanos, havendo consenso entre os projetos de que seja estabelecido o rito, inclusive já reconhecido pela doutrina<sup>196</sup>, que aponta a possibilidade de se dar aos acordos internacionais em questão a tramitação equivalente àquela de proposta de Emenda à Constituição.

No entanto, o primeiro projeto, de forma equivocada aduz que em caso de não se alcançar o *quorum* qualificado, os referidos acordos terão força de lei ordinária se aprovados por maioria simples, como tem sido a regra geral no sistema brasileiro. Equivocadamente, também, esse projeto permite que acordos internacionais aprovados antes da Emenda Constitucional n.º45 possam ser reapreciados nos termos do novo art. 5º, § 3º, da Constituição

---

<sup>194</sup> Projeto de Resolução nº 271/2005 disponível em [http://www.camara.gov.br/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=305798](http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=305798), acesso em 01.08.08.

<sup>195</sup> Projeto de Resolução nº 271/2005 disponível em [http://www.camara.gov.br/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=395076](http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=395076), acesso em 02.08.08.

<sup>196</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. "O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia". In *Revista da Ajuris*, Ano XXXII, n.º 98, junho/2005, pp. 303 e ss.

Federal, para que passem doravante a vigorar com *status* de emenda constitucional. Verifica-se que a posição adotada pelo autor desse projeto não consegue conceber a constitucionalização material dos direitos humanos elencados em tratados ou convenções internacionais.

Assim, esse dispositivo que contém a proposta da reapreciação dos tratados ratificados até dezembro de 2004, se aprovado, poderá criar temerária insegurança jurídica, ao permitir seja reaberta a discussão acerca de tratados de direitos humanos já ratificados, incorporados e aplicados no Brasil. Poderá, ademais, resultar em profundos anacronismos jurídicos quando, ao incorporar um tratado complementar e subsidiário ao principal, fosse conferida formalmente hierarquia constitucional, enquanto que ao instrumento principal, internalizado antes da Emenda Constitucional nº 45, o mesmo não ocorreria. No entanto, esse projeto ao ser relatado na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara recebeu da relatora uma emenda que corrige o projeto original e passa a considerar que *“os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil antes da promulgação da Emenda à Constituição n.º 45, de 2004, são recepcionados como normas equivalentes às emendas constitucionais, nos termos do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal.”*<sup>197</sup>

Diante da morosidade dos legisladores em regulamentar o novo procedimento definido na Emenda Constitucional nº 45, a Câmara dos Deputados, ao receber do Poder Executivo a mensagem que submete à consideração do Congresso Nacional o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque no dia 30 de março de 2007, decidiu constituir Comissão Especial para tratar dessa matéria, por tratar-se de convenção internacional sobre direitos humanos e ser proposição sujeita à apreciação do Plenário, nos termos do § 3º do art. 5º, da Constituição Federal. A Comissão Especial apresentou, em maio de 2008, ao plenário o Projeto de Decreto Legislativo nº 563, que tem por finalidade a aprovação do texto dessa Convenção, apontando que a tramitação deve ser aquela prevista no art. 5º, §3º, dependendo para sua

---

<sup>197</sup> Emenda ao Projeto de Resolução 204/2005. Disponível em <[http://www.camara.gov.br/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=339196](http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=339196)>, acesso em 25.08.08.

aprovação do voto favorável de três quintos e interstício regimental, entre o primeiro e o segundo turno de tramitação.

A Presidência da Câmara dos Deputados, após ser questionada quanto aos procedimentos adotados para a votação da Mensagem referente à citada Convenção, esclarece que, enquanto não for regulamentada a questão, na eventualidade de alcançar o quorum de três quintos dos parlamentares, a matéria, a exemplo do que ocorre na votação de emendas constitucionais, será submetida a dois turnos de votação com interstício de cinco sessões, findo o qual será encaminhada ao Senado Federal. E esclarece, ainda, que a matéria somente será submetida a um segundo turno se, na votação, alcançar o quorum de três quintos exigido pela Constituição; caso contrário, a matéria seguirá tramitando como projeto de decreto legislativo.

Após aprovação na câmara dos deputados em dois turnos, o projeto foi encaminhado ao Senado Federal que, pelo seu presidente, comunicou ao Plenário que, o Projeto de Decreto Legislativo nº 90/2008 (número que recebeu no Senado), que aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, deve ser encaminhado à Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, nos termos do Regimento Interno, e, posteriormente, seguir a tramitação prevista no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal.

A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007, foram aprovados no Senado pelo mesmo procedimento de aprovação da Câmara dos Deputados, dessa forma, considerando-se aprovados pelo Congresso Nacional. Assim, no dia 09 de julho de 2008 é promulgado pelo Presidente do Senado o Decreto Legislativo nº 186<sup>198</sup> que internaliza pela primeira vez direitos humanos pelo procedimento polêmico instituído pela Emenda Constitucional nº 45.

Portanto, esse Decreto Legislativo, ao aprovar convenção sobre direitos humanos pelo procedimento exigido na Constituição para considerar tais documentos internacionais equivalentes às emendas constitucionais, sinaliza

---

<sup>198</sup> Decreto Legislativo nº 186, 2008, que aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Publicado no Diário Oficial da União de 10.7.2008.

pela primeira vez a constitucionalização formal de direitos humanos oriundos de tratados e convenções internacionais; assim, ter-se-á, após a ratificação dessa Convenção, como resultado: direitos formal e materialmente constitucionais. Caso essa mesma convenção tivesse sido aprovada por maioria simples, procedimento normal de internalização desses atos internacionais, ter-se-ia, assim mesmo, a constitucionalização material, por tratar-se de direitos humanos.

#### **4.3.2 As objeções ao §3º do art. 5º**

A alteração do texto constitucional brasileiro, com a inclusão do §3 no artigo 5º, a pretexto de acabar com as discussões doutrinárias e jurisprudenciais relacionadas à hierarquia dos tratados e convenções de direitos humanos no ordenamento jurídico nacional, causou e ainda está causando graves problemas interpretativos relativos à integração, eficácia e aplicabilidade desses tratados no direito interno.

Parte considerável da doutrina brasileira<sup>199</sup> afirma que a inclusão do § 3º no art. 5º do texto constitucional não respondeu às questões necessárias para a garantia efetiva dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Sua interpretação não pode prejudicar o entendimento que vinha sendo seguido em relação ao § 2º do mesmo art. 5º da CF/88, que já confere o nível constitucional dos tratados de direitos humanos. Esse entendimento, que já estava sedimentado na doutrina humanista, também encontrava respaldo na jurisprudência de vários tribunais de diversos Estados brasileiros<sup>200</sup>.

Portanto, a objeção de importante corrente doutrinária, que já defendia o status de norma constitucional aos tratados de direitos humanos por força do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, consiste em rejeitar a interpretação daqueles que não conseguem diferenciar a constitucionalização formal da

---

<sup>199</sup> Dentre os doutrinadores: Flávia Piovesan, Valério Oliveira Mazzuolli, Celso Laffer, Antonio Augusto Cançado Trindade.

<sup>200</sup> Destaca-se, também, a jurisprudência do STJ e dos Tribunais trabalhistas. Um dos votos precursores em relação ao tema no país, foi de Antonio Carlos Malheiros, *habeas Corpus* nº 637.569-3, da 8ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, com a seguinte definição: “os princípios emanados dos tratados internacionais, a que o Brasil tenha ratificado, equivalem-se às próprias normas constitucionais”.

material e interpretam que o novo §3º foi fixado para pôr fim ao debate quanto ao status dos tratados internacionais de direitos humanos, fixando os procedimentos que deverão ser observados para que esses sejam considerados equivalentes (formal e materialmente) às emendas constitucionais.

Outra crítica que a inovação recebeu foi a de criar categorias jurídicas entre os tratados de direitos humanos. Criando a categoria de tratados de direitos humanos materialmente constitucionais e tratados de direitos humanos materialmente e formalmente constitucionais, o legislador constituinte deu tratamento diferente para normas internacionais que têm o mesmo fundamento de validade e que buscam um só objetivo, que é a interação entre o sistema jurídico brasileiro e o universal, pautada na proteção universal dos direitos humanos.

O texto da EC n° 45/2004 não estabelece o critério de escolha que será utilizado pelo Congresso para determinar quais tratados serão equivalentes às emendas constitucionais. Deixar à livre escolha do Poder Legislativo a atribuição aos tratados de direitos humanos de equivalência às emendas constitucionais é permitir que se trate de maneira diferente instrumentos que consagram os mesmos princípios, podendo ocorrer de se atribuir equivalência de emenda constitucional a um Protocolo suplementar de um tratado de direitos humanos e deixar sem esse efeito o tratado principal<sup>201</sup>.

Como efeito da condição de integrar a Constituição de modo formal e material, os tratados internacionais de direitos humanos que forem submetidos ao § 3º do art. 5º da CF/88 passarão a reformar a Constituição justamente por serem equivalentes às emendas constitucionais, e não poderão ser denunciados. Portanto, a possibilidade de “denúncia” efetuada pelo chefe do Poder Executivo fica comprometida, eis que, tratando-se de normas constitucionais (formalmente consideradas), a competência para sua alteração ou supressão é do poder constituinte derivado.

---

<sup>201</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direito internacional Público. 2ª ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 688.

É claro que, tratando-se de direitos humanos constitucionalizados (tanto formal como materialmente), será sempre inadmissível qualquer retrocesso, sendo que ocorrendo a denúncia de tratados internacionais que tenham constitucionalizado materialmente direitos humanos (à luz do § 2º do art. 5º da CF), a única consequência é a ausência de formalidade que comprometa o Estado brasileiro internacionalmente, portanto, o compromisso do Estado com o seu povo em relação a esse direito materialmente fundamental não desaparece por força do princípio do não-retrocesso (irretroatividade dos direitos fundamentais) e da “cláusula pétreia (art. 60, § 4 da CF)”. Assim, caso quaisquer tratados internacionais de direitos humanos sejam indevidamente denunciados, o Presidente da República será responsabilizado pelo descumprimento da regra, que garante o não-retrocesso e a segurança jurídica, ambos consagrados num Estado Democrático de Direito como o Brasil.

É preciso ressaltar ainda que se a previsão de aprovação pelo Congresso Nacional por maioria simples para a ratificação dos tratados internacionais já causa uma enorme dificuldade para a integração dos tratados, existindo alguns que foram assinados há mais de 20 anos e até hoje não foram ratificados, a previsão de 3/5, em dois turnos, nas duas casas parlamentares, passa a ser uma exigência ainda maior e comprometedora, o que demonstra que a Emenda Constitucional nº 45 escolheu um procedimento de difícil operacionalidade para conferir a formalidade constitucional das normas internacionais definidoras de direitos humanos. Portanto, essa previsão pode ter como consequência direta o atraso do Brasil em responder aos conclames da ordem internacional de proteção aos direitos humanos, o que pode consistir na estagnação do país em garantir direitos fundamentais, terminando por prejudicar os cidadãos que necessitam da plena efetividade do sistema.

Outra objeção apontada é a de que o § 3º do art. 5º da CF/88 não deixou explícito, para esclarecer as divergências doutrinárias, que todos os tratados ratificados até então detinham hierarquia constitucional em virtude do § 2º do art. 5º da Constituição. Poderia ter esclarecido que esses tratados de direitos humanos já internalizados são hierarquicamente constitucionais devido a sua materialidade. Poderia, assim, ter sido efetuada de forma expressa essa

garantia (dirigida aos intérpretes que não reconheciam a materialidade constitucional por força do §2º do art. 5º) que atingisse todos os tratados de direitos humanos ratificados antes da Reforma Constitucional realizada em dezembro de 2004.

Há, também o entendimento<sup>202</sup> de que a ratificação pelo Presidente não existirá com o § 3º do art 5º da CF/88, pelas próprias características de aprovação e promulgação de proposta de emenda constitucional, que sempre descartou a atuação presidencial. Nessa compreensão, a presença do Chefe de Estado seria apenas no momento da celebração do tratado internacional.

Para Valério Mazzuoli<sup>203</sup> essa alteração no texto constitucional relativa à cláusula de abertura é um exemplo claro de falta de compreensão e de interesse do nosso legislador, no que tange à normatividade internacional de direitos humanos, além de demonstrar total desconhecimento do direito internacional público, notadamente das regras basilares da Convenção de Viena sobre o direito dos Tratados.

Convém, ainda, ressaltar que os direitos materialmente fundamentais em relação aos direitos que sejam também formalmente fundamentais gozam de idêntica hierarquia e prestígio da Constituição. A consideração de um direito materialmente fundamental, como autêntico direito fundamental, implica que terá um tratamento jurídico de acordo com o prescrito, em geral, para todos os direitos fundamentais (formal e materialmente ou só materialmente fundamentais). Assim, os direitos materialmente fundamentais podem entrar em conflito com outros direitos fundamentais (formalmente constitucionais) – resolve-se o impasse pela mesma forma tradicional de solução de conflitos. Por fim, necessário se faz lembrar que tanto os direitos formais como os materialmente fundamentais: a)são protegidos pela constituição; b)não podem ser abolidos(materialmente) por emenda constitucional; c)vinculam imediatamente os poderes públicos e; d)desfrutam de aplicabilidade imediata.

---

<sup>202</sup> TAVARES, André Ramos. Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (Des)estruturando a Justiça. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 45.

<sup>203</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, ano 42, n. 167, jul./set., 2005, p.100.

O § 3º do art. 5º da CF/88 deveria ter trazido em seu texto aspectos que valessem tão-somente como interpretação autêntica do § 2º do art. 5º da CF, mantendo simplificada a incorporação dos tratados de direitos humanos no sistema jurídico interno, reforçando o entendimento desse parágrafo como cláusula aberta, pois, da forma como foi realizada a reforma no texto constitucional, com a introdução desse dispositivo no art. 5º da CF/88, o legislador constituinte trouxe insegurança por gerar novas confusões interpretativas e criar distinções entre instrumentos internacionais que têm o mesmo fundamento ético e primam pelos mesmos princípios, direcionados a uma só pessoa: a humana.

#### **4.3.3 A inconstitucionalidade**

À primeira vista, o novo dispositivo constitucional (§ 3º do art. 5º) tinha o propósito de definir peremptoriamente o *status* hierárquico das normas de proteção aos direitos humanos. Entretanto, após análise do texto, parte da doutrina efetua a discussão acerca de sua constitucionalidade. Após exame aprofundado da alteração, percebe-se que a inclusão do §3º no artigo 5º fragiliza a vigência das normas internacionais em matéria de direitos e garantias fundamentais no âmbito no direito pátrio. Assim, há juristas<sup>204</sup> defendendo que esse dispositivo nasceu eivado de inconstitucionalidade, pois é materialmente contrário aos já sedimentados § 1º e 2º do mesmo artigo da Carta Constitucional.

Inicialmente, é preciso verificar aspectos correlacionados à possibilidade de controle da constitucionalidade das emendas à Constituição. No Brasil é reconhecida, tanto pela doutrina majoritária<sup>205</sup> como pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>206</sup>, a possibilidade de controle de constitucionalidade das emendas à Constituição, por encontrar-se o poder constituinte derivado

---

<sup>204</sup> DALLARI, Pedro Bohomeletz de Abreu. Constituição e Tratados Internacionais. São Paulo: Saraiva, 2003.

<sup>205</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

<sup>206</sup> STF – Pleno – Adin nº 1.946/DF – Medida liminar – Rel. Min. Sydney Sanches. Informativo STF, nº 241

subordinado ao poder constituinte originário, assim como juridicamente limitado pelas cláusulas pétreas, imodificáveis.

Embora no Brasil não se tenha chegado ao extremo de admitir a possibilidade de declarar-se a inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias<sup>207</sup>, a possibilidade de controle da constitucionalidade das emendas à Constituição é pacífica.

O Supremo Tribunal Federal há muito tempo, ainda na primeira república, admitiu a discussão sobre a validade da reforma Constitucional de 1925/1926. Hoje, mantém o entendimento de que é admissível a Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional, quando se alega, na inicial, que essa emenda contraria princípios imutáveis ou as chamadas cláusulas pétreas da Constituição originária.

Jorge Miranda ressalta que é controversa na doutrina a questão da fiscalização da constitucionalidade da reforma ou revisão constitucional, particularmente da constitucionalidade material, opinando que “decerto, por se situar em zona cinzenta entre o jurídico e o político, entre o poder de revisão e o poder constituinte (originário)”<sup>208</sup>. A argumentação daqueles que negam a própria possibilidade de inconstitucionalidade material da reforma constitucional apresenta-se no sentido de defender que as normas criadas pelo processo de reforma ficam no mesmo plano hierárquico das normas constitucionais, dizendo que seria contraditório indagar da conformidade com a Constituição de atos destinados a modificá-la, sendo passíveis de fiscalização os atos do processo de gestação das reformas, e, não, o seu resultado.

As limitações ao poder de reforma teriam reduzido efeito prático, se não se admitisse o controle jurisdicional da observância das restrições que o constituinte originário impôs ao poder constituído. Sem a presença de qualquer dúvida, o Judiciário pode afirmar a inconstitucionalidade de emenda à

---

<sup>207</sup> sobre a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de norma constitucional originária ver obra de: BACHOF, Otto. Normas constitucionais inconstitucionais. trad. e pref. José Manuel M. Cardoso da Costa. - Reimpressão. - Coimbra : Almedina, 1994.

<sup>208</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo II. 7ª ed. Coimbra: Coimbra ed., 2007, p. 252.

Constituição, tanto pelo controle difuso como pelo controle abstrato<sup>209</sup>. E, ainda, o controle pode ocorrer antes mesmo de a emenda ser votada, por meio de mandado de segurança, reconhecendo-se legitimação para agir exclusivamente ao congressista<sup>210</sup>.

Além do Supremo Tribunal brasileiro outros tribunais, de diversos países, têm-se declarado competentes para apreciar a constitucionalidade de normas (emendas, leis revisionais, leis constitucionais), como os Tribunais Constitucionais da Alemanha e da Itália e os Supremos Tribunais dos Estados Unidos, da Índia, de Israel. Há países como Chile, Colômbia, Costa Rica e Romênia que têm em suas próprias constituições a previsão de fiscalização sobre as normas que alteram a Constituição.

A defesa da tese de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 45, no tocante à inclusão do § 3º no art. 5º da Constituição brasileira, tem como principal argumentação a incompatibilidade da disposição normativa nele contida com aquelas contidas dos dispositivos engendrados pelo constituinte originário.

Pedro Dallari manifesta-se nesse sentido, asseverando que, paradoxalmente, a adoção, pelo Congresso Nacional de preceito a princípio voltado a conferir maior relevância a tratados internacionais de direitos humanos, acabou por comprometer seriamente a tese, mais favorável à promoção dos direitos humanos, de que os tratados nessa matéria já teriam *status* constitucional. O § 3º, do art. 5º, por preceituar exigências iguais às observadas para a aprovação de emendas constitucionais para que os tratados de direitos humanos venham a produzir efeitos equivalentes ao de norma da Constituição, operou em sentido oposto à interpretação de que o § 2º do mesmo art. 5º, desde sua edição em 1988, já ensejaria tal nivelamento hierárquico<sup>211</sup>.

---

<sup>209</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p.221.

<sup>210</sup> Nesse sentido: o MS AgRg 24.667, DJ de 23-4-2004, Rel. Carlos Velloso.

<sup>211</sup> DALLARI, Pedro Bohomeletz de Abreu. Constituição e Tratados Internacionais. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 63.

A evidente inconstitucionalidade, nas razões expostas pelos defensores dessa tese, verifica-se pelo teor do novo § 3º que é visivelmente colidente com o teor dos §§ 1º e 2º. Isso porque, enquanto esses incluem, automaticamente, os direitos e garantias constantes de instrumentos internacionais no rol dos direitos e garantias constitucionalmente assegurados, o § 3º pretende limitar tal proteção, condicionando-a a deliberação do Congresso Nacional.

Nessa esteira, o § 3º não veio como um esclarecimento, ao contrário, alargou a discussão a esse respeito, já que colidiu com os dispositivos anteriormente referidos, o que é inadmissível, pois, ou se admite que os tratados internacionais de direitos humanos têm natureza e nível constitucional, ou se admite que os mesmos, ao ingressarem no nosso ordenamento, possuem nível de legislação ordinária, ou seja, é impossível a convivência das duas regras.

Também se argumenta que outro vício de inconstitucionalidade, de igual gravidade, refere-se à violação da disposição constante do art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal, que consagra as denominadas "cláusulas pétreas" da Constituição, vedando qualquer alteração do texto constitucional tendente a abolir direitos e garantias individuais. Alega-se que a Emenda Constitucional nº 45 ao buscar restringir os efeitos de índole constitucional dos tratados e convenções internacionais em matéria de direitos humanos, condicionando-os à deliberação do parlamento, enquadra-se, evidentemente, na hipótese consubstanciada no inciso IV do § 4º do art. 60<sup>212</sup> da Constituição, por ser emenda constitucional tendente a abolir direitos e garantias fundamentais. É emenda que atinge direitos e garantias fundamentais não somente aquela que vise a operar a supressão literal de tais direitos e garantias do texto constitucional, mas também aquela que vise a dificultar sua incorporação ou exercício, como no caso presente.

Dessa forma, os parágrafos 1º e 2º da Constituição de 1988 constituem, em si mesmos, garantias fundamentais, quais sejam: a garantia da imediata aplicabilidade das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais e a garantia da inclusão automática dos direitos e garantias fundamentais

---

<sup>212</sup> Constituição Federal de 1988, Art. 60,(...) § 4º: "Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:",(...)inciso IV: "- os direitos e garantias individuais".

consagrados em instrumentos internacionais no chamado bloco de constitucionalidade.

É preciso observar que a tese da inconstitucionalidade do §3º do art. 5º considera o processo de constitucionalização formal, adotado pela Emenda Constitucional nº 45, a única hipótese de constitucionalização dos tratados internacionais de Direitos Humanos, não considerando o processo de constitucionalização material, que, diga-se mais uma vez, não foi alterado pela redação desse novo parágrafo. Portanto, fazer a distinção entre constitucionalização formal e material elucida qualquer dúvida, eis que concretamente o que importa é a caracterização de direitos materialmente fundamentais e essa característica é inerente a todos os direitos humanos elencados nos tratados e convenções de direitos humanos internalizados pelo Estado brasileiro.

#### **4.3.4 Avanço ou retrocesso?**

Logo após a aprovação da Emenda Constitucional nº 45, dentre as várias argumentações que apontam a ocorrência de retrocesso com a inclusão do §3º no art. 5º está a de que a Reforma veio apenas impedir um avanço que poderia se verificar na jurisprudência do STF sobre o assunto, já que boa parte da doutrina já seguia a tendência de considerar a natureza constitucional dos tratados de direitos humanos e havia a possibilidade de que a Corte Suprema seguisse esse entendimento pouco a pouco<sup>213</sup>.

As incongruências deixadas pelo texto do novo dispositivo levam a crer que existe um temor contra a incorporação automática e de nível constitucional via interpretação do § 2º do art. 5º da CF, originária, e que por tal razão foram introduzidas exigências que passam pela formalidade do Congresso Nacional.<sup>214</sup>.

---

<sup>213</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direito internacional Público. 2ª ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, 682-702.

<sup>214</sup> TAVARES, André Ramos. Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (Des)estruturando a Justiça. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 47.

Infelizmente, há quem desconsidere a questão já suscitada de não ser possível contrariar o que o poder constituinte originário dispôs no § 2º, do art. 5º da Carta Cidadã<sup>215</sup>. Desse modo, o § 3º do art. 5º da Constituição deveria ser mais claro para expor que sua aplicabilidade deve garantir continuidade ao que já era defendido por doutrinadores como Flávia Piovesan, Valério Mazzuoli e Antônio Augusto Cançado Trindade, entre outros, sem dar margem a interpretações duvidosas a respeito da internalização de tratados e convenções de direitos humanos.

Indo no sentido contrário, com o intuito de facilitar o reconhecimento constitucional dos tratados de direitos humanos e não deixar surgir entendimento divergente a respeito, principalmente pelo Supremo Tribunal Federal, o § 3º do art. 5º da CF estabelece uma condição, que pode gerar a interpretação de que apenas os tratados aprovados pelo Congresso Nacional serão equivalentes a uma emenda constitucional, deixando na mão dos parlamentares o poder discricionário para decidir quais tratados devem ser elevados a esse patamar.

O novo dispositivo confere ao Congresso Nacional<sup>216</sup> o poder de decidir a hierarquia normativa (formal) que devem ter determinados tratados de direitos humanos em detrimento de outros, conferindo a formalidade constitucional a certos tratados, enquanto outros continuarão apenas materialmente constitucionais.

De fato, há o risco de preponderar a interpretação de que os instrumentos internacionais que não forem aprovados com o quorum de emenda constitucional, mesmo que em matéria de direitos humanos, terão *status* de lei ordinária, e ainda, tal quorum é difícil de ser alcançado, já que o número de parlamentares que se encontram em suas respectivas Casas em cada votação raramente alcança o número exigido, o que torna morosa qualquer votação de emendas constitucionais. Portanto, considerando tais

---

<sup>215</sup> “Carta Cidadã” – expressão utilizada pelo Presidente da Assembléia Nacional Constituinte na data de sua promulgação.

<sup>216</sup> Ressalte-se que o Congresso Nacional tem o dever funcional de atuar em defesa da coletividade, representando o povo, sendo que o limite da discricionariedade tem sido tradicionalmente fixado no constitucionalismo quando se trata de direitos fundamentais.

argumentos, é possível dizer, que para o Brasil, tal disposição constitui um inegável retrocesso em matéria de proteção e efetivação dos direitos humanos.

Na linha de argumentação de que foi um avanço a inclusão do novo dispositivo no artigo 5º, é dito que esse novo parágrafo vem reconhecer de modo explícito a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, reforçando, desse modo, a existência de um regime jurídico misto, que distingue os tratados de direitos humanos dos tratados tradicionais de cunho comercial.

As controvérsias suscitadas pelo § 2º do art. 5º, no período anterior à Emenda Constitucional nº 45, levantavam a idéia de que esse dispositivo de abertura constitucional, ao ser aplicado literalmente, ensejaria mudança constitucional por maioria simples, que é a maioria requerida para a aprovação de decreto legislativo que recepciona um tratado na ordem jurídica interna. Assim, argüia-se que os tratados internacionais de direitos humanos não poderiam ter a validade de normas constitucionais porque não se cumpriam os requisitos da votação da emenda constitucional previstos na Constituição Federal, art. 60, § 2º. Conseqüentemente, foi por conta dessa controvérsia que a Emenda Constitucional nº. 45, de 8 de dezembro de 2004, também adicionou ao art. 5º, o novo § 3º.

No entanto, a partir da vigência dessa emenda constitucional, que adiciona o §3º ao artigo 5º, a discussão doutrinária é intensificada e ocorre um certo despertar para o conteúdo do § 2º do mesmo artigo, ao ponto de renomados juristas alterarem seus posicionamentos com relação ao tema e influenciarem a mudança jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

Ademais, como realça Celso Lafer<sup>217</sup>, “o novo parágrafo 3º do art. 5º pode ser considerado como uma lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo parágrafo 2º do art. 5º. De acordo com a opinião doutrinária tradicional, uma lei interpretativa nada mais faz do que declarar o que pré-existe, ao clarificar a lei existente.

---

<sup>217</sup> LAFER, Celso. A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais. São Paulo: Ed. Manole, 2005, p.16.

Entre os doutrinadores que passaram a ter novo entendimento sobre o tema está Francisco Rezek<sup>218</sup> que, ao analisar a cláusula de abertura do §2º do artigo 5º, diz: “A questão não subsiste a partir de agora, resolvida que foi pelo aditamento do terceiro parágrafo ao mesmo artigo constitucional: os tratados sobre direitos humanos que o Congresso aprove ‘com o rito da emenda à carta’, integrarão em seguida a ordem jurídica no nível das normas da própria Constituição”. Opina, ainda, que “há de gerar controvérsia entre os constitucionalistas, mas é sensato crer” que, os tratados sobre direitos humanos outrora concluídos mediante processo simples, foram elevados à categoria dos tratados de nível constitucional pelo Congresso constituinte ao promulgar esse parágrafo na Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004. Frisa, ainda, que “essa é uma equação jurídica da mesma natureza daquela que explica que nosso Código Tributário, promulgado a seu tempo como lei ordinária, tenha-se promovido a lei complementar à Constituição desde o momento em que a carta disse que as normas gerais de direito tributário deveriam estar expressas em diploma dessa estatura”.

O ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, votou pela inconstitucionalidade da prisão civil de depositário infiel, mudando seu tradicional posicionamento, no julgamento dos Recursos Extraordinários (REs) 349703 e 466343 e no Habeas Corpus (HC) 87585, justificando que os tratados que versem sobre direitos humanos, e dos quais o Brasil seja signatário, integram o ordenamento jurídico como norma de caráter constitucional e que os tratados de direitos humanos, mesmo anteriores à Emenda Constitucional nº 45, são normas consideradas constitucionais.

No momento em que os tratados internacionais de direitos humanos adentram o ordenamento brasileiro e são incorporados pelo texto constitucional, passam a ser *direitos fundamentais*, e por tal *status*, adquirem caráter de cláusula pétrea, portanto, irreformáveis pelo Constituinte Derivado.

Como aspecto positivo, pode ser ressaltada a possibilidade de ocorrer a constitucionalização formal, processo já presente em alguns países. Nesse sentido, cabe salientar que a sistemática constitucional introduzida pela Carta

---

<sup>218</sup> REZEK, Francisco. Direito Internacional Público – Curso Elementar”, 10ª ed./3ª tir., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 101/103.

brasileira de 1988 se situa num contexto em que inúmeras Constituições latino-americanas buscam dispensar aos tratados internacionais de direitos humanos uma natureza jurídica privilegiada. A título exemplificativo, destaque-se a Constituição da Argentina, após a Reforma constitucional de 1994, ao dispor no art. 75, inciso 22, que, enquanto os tratados em geral têm hierarquia infra-constitucional, mas supra-legal, os tratados de proteção dos direitos humanos têm hierarquia constitucional, complementando os direitos e garantias constitucionalmente reconhecidos. A Constituição da Venezuela de 1999 prescreve, em seu art. 23, que os tratados, pactos e convenções internacionais relativos a direitos humanos, subscritos e ratificados pela Venezuela, têm hierarquia constitucional e prevalecem na ordem interna, na medida em que contenham normas sobre seu gozo e exercício mais favoráveis às estabelecidas pela Constituição e são de aplicação imediata e direta pelos tribunais e demais órgãos do Poder Público.

Assim, é nesse contexto, marcado pela tendência de Constituições latino-americanas recentes em conceder um tratamento especial ou diferenciado aos direitos e garantias internacionalmente consagrados, que se insere a inovação do artigo 5º, § 3º da Carta brasileira, que permite a constitucionalização formal dos direitos enunciados nos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

A constatação de mudança, tanto na jurisprudência como na doutrina, no sentido de considerar os tratados já internalizados, no período entre a Promulgação da Constituição e a vigência da Emenda Constitucional nº 45, como equivalentes às emendas constitucionais é consequência da alteração promovida no artigo 5º, portanto, reforça o argumento do avanço.

No entanto, pelo que se observa será necessário reforçar, ainda mais, a importância da interpretação correta do princípio da não-tipicidade ou cláusula de abertura aos direitos fundamentais previsto no §2º do art. 5º, para que seja considerada importante a constitucionalização material, e não prepondere o entendimento de que se terá, também, tratados de direitos humanos com hierarquia legal. Assim também é importante que não seja admitido o entendimento equivocado de que tratados internalizados antes da atual Constituição sejam equivalentes às leis ordinárias, porque com a cláusula de

abertura todos os tratados e convenções de direitos humanos, ratificados pelo Estado brasileiro, foram recepcionados como materialmente constitucionais.

Portanto, inicialmente a compreensão que se tem do processo que possibilita a constitucionalização formal dos tratados de direitos humanos é de que foi um retrocesso, porém, concretamente as alterações efetuadas com a EC 45, incluindo o § 3º ao art. 5º, têm provocado a discussão aprofundada sobre a temática e aclara-se a relevância da cláusula de abertura material aos direitos humanos elencados nos tratados de que o Brasil seja parte. Portanto com ironia, mas com respeito, utilizando uma frase academicamente incorreta, porém, aplicável ao presente tema, é possível dizer que há “males que vêm para o bem”.

## CONCLUSÕES

Da exposição empreendida, são extraídas as seguintes conclusões:

1. A evolução do homem coincide com o reconhecimento de seus direitos. A noção de direitos inerentes à pessoa humana sofre variações ao longo da história (épocas distintas) e diferentes locais (em regiões variadas). A afirmação dos Direitos Humanos é registrada por meio de fatos históricos, pregações religiosas, construções filosóficas, documentos elaborados resultantes de mobilizações sociais e documentos moldados à luz de consensos.

2. Dentre as concepções tradicionais de Direitos Humanos, destaca-se o pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, em que a concepção da dignidade da pessoa humana passou por um processo de racionalização e laicização, solidificando a noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade. Dessa concepção, remanesce a constatação de que uma ordem constitucional, que consagra a idéia da dignidade da pessoa humana, parte do pressuposto de que o homem, em virtude tão-somente de sua condição humana e independentemente de outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado.

3. Nome que não pode deixar de ser referido ao tratar-se dessa temática é o de Immanuel Kant, cuja concepção de dignidade parte da autonomia ética do ser humano, considerando a autonomia como fundamento da dignidade do homem, além de sustentar que o ser humano não pode ser tratado como objeto. É reconhecido também como o formulador do princípio de que o homem é sempre um fim em si mesmo, nunca sendo legítima a sua recondução a simples meio.

4. Outra concepção tradicional de destaque é a vinculada ao idealismo filosófico alemão do século XIX, tendo como principal expoente Hegel, que sustentou uma noção de dignidade centrada na idéia de eticidade, de tal forma que o ser humano não nasce digno, mas torna-se digno a partir do momento

em que assume sua condição de cidadão. Assim, essa concepção de pessoa e dignidade não é fundada na idéia de qualidades inerentes a todos os seres humanos.

5. Tanto Hegel, com sua dimensão histórico-cultural da dignidade, como Kant, com sua dimensão jusnaturalista, influenciaram vários autores e juristas que, ainda hoje, abordam a temática dos Direitos Humanos.

6. Já as concepções atuais sobre direitos humanos realçam a dignidade como fundamento não só dos direitos humanos, como do próprio sistema jurídico. Assim, todos os órgãos, funções e atividades estatais encontram-se vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-se-lhes um dever de respeito e proteção, que se exprime na obrigação por parte do Estado de abstenção e proteção: abster-se de interferir na esfera individual e proteger com atuações positivas.

7. Hoje, prepondera a convicção de que o verdadeiro fundamento de validade – do direito em geral e dos direitos humanos em particular – está na dignidade humana. Tal posicionamento surge após a 2ª Guerra Mundial e tem como marco documental a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, em que se afirma que “todos os seres humanos nascem livres e iguais, em dignidade e direitos”. Logo após, as Constituições de diversos Estados passam a constitucionalizar formalmente o princípio da dignidade, sendo que a Constituição brasileira de 1988 o põe como um dos fundamentos da República (art. 1º, inciso III) deixando bem claro que a verdadeira razão de ser do Estado brasileiro reside na “a dignidade da pessoa humana”. Assim, os direitos humanos, ao passar a ter vigência nos Estados Nacionais adquirem a condição de direitos fundamentais.

8. Os direitos fundamentais são conceituados como todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância, integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal.

09. A “cláusula aberta” dos direitos fundamentais, nos termos da atual constituição brasileira, admite considerar como direitos fundamentais certas situações jurídicas não previstas na Constituição (chamados de direitos fundamentais não enumerados). Portanto, com a adoção do “princípio da não-tipicidade dos direitos fundamentais”, passam a ser também considerados direitos fundamentais aqueles que decorrem do regime democrático, dos outros princípios adotados pela Constituição brasileira e dos tratados de direitos humanos, bastando estar consagrados em lei ou regras (inclusive de costume) nacionais ou internacionais reconhecidas pelo Estado brasileiro.

10. As disposições constitucionais que reproduzem o princípio da inesgotabilidade dos direitos fundamentais aparecem em diversas Constituições, com pequenas variações no conteúdo, porém tendo como eixo fundamental a definição de que a enunciação de direitos contidos na Constituição não deve ser entendida como negação de outros referentes à pessoa humana, ainda que não estejam expressos.

11. A constitucionalização formal dos direitos fundamentais significa a sua positivação, a sua incorporação à ordem jurídica positiva, seja no catálogo desses direitos (parte da Constituição em que se enumeram os direitos fundamentais), seja fora do catálogo (direitos dispersos no próprio texto ou fora do texto, a exemplo das Emendas Constitucionais brasileiras). Essa positivação dos direitos fundamentais torna-os protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) do direito constitucional. Desse modo, a formalidade decorre do simples fato de alguns direitos terem sido eleitos pelo Poder Constituinte Originário ou Derivado como direitos fundamentais.

12. O processo de constitucionalização material, tendo por base a cláusula aberta prevista na Constituição brasileira no art. 5º, § 2º, admite a fundamentalização daqueles direitos não previstos expressamente por ela, mas que, por força de seu conteúdo e importância, são direitos fundamentais equivalentes aos direitos formalmente constitucionalizados.

13. Os direitos materialmente constitucionais gozam de idêntica hierarquia e prestígio da Constituição: são protegidos pela constituição como normas supremas, portanto, prevalecem sobre as normas infraconstitucionais;

não podem ser abolidos (materialmente) por emenda constitucional, seus conteúdos não podem ser objeto de emendas tendentes à redução ou eliminação de direitos; vinculam imediatamente os poderes públicos (legislativo, judiciário e executivo); desfrutam de aplicabilidade imediata.

14. A internacionalização dos direitos humanos surge como uma resposta às atrocidades e aos horrores cometidos na segunda guerra. Nesse cenário concretizou-se a chamada “universalidade” dos direitos da pessoa humana com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que visionando a sociedade humana num contexto global e primando pela proteção do princípio da dignidade da pessoa humana, busca a idéia de um código universal, um texto jurídico a ser acatado por todas as nações, em respeito à já referida dignidade dos “seres” humanos.

15. No contexto de internacionalização dos direitos humanos, surgem os pactos e tratados entre os Estados concernentes a esses direitos, os quais irão englobar as questões referentes aos seres humanos que se revestem de fundamentalidade e, portanto, dotados de maior força vinculativa (hierarquia constitucional e sua aplicabilidade imediata).

16. No ordenamento jurídico brasileiro, pode o legislativo optar entre autorizar a ratificação do tratado internacional de direitos humanos com a utilização do procedimento geral (aprovação por maioria simples em único turno de votação), não restando implementada a equiparação formal do tratado a emenda Constitucional, ou autorizar a ratificação do tratado através desse procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição (quorum especial de 3/5 dos membros para a votação em dois turnos), ocorrendo a formal incorporação do tratado ao rol dos direitos fundamentais constitucionais.

17. Quanto à hierarquia dos tratados, via de regra, possuem hierarquia equivalente a lei federal. Quando se referem a direitos humanos, entretanto, são dotados de hierarquia constitucional. Essa constitucionalidade é somente material para os tratados incorporados antes da Emenda Constitucional 45. Para os tratados incorporados depois da Emenda, se forem aprovados pelo procedimento previsto no §3º, do artigo 5º, além de materialmente constitucionais, serão também formalmente constitucionais.

18. Silente a constituição a respeito do tratamento a ser dado para a hierarquia dos tratados internacionais frente ao direito interno, é a jurisprudência do STF que vem definindo a questão. No início do século passado, era dominante no Supremo a primazia do direito internacional sobre o interno, possuíam, pois, os tratados, hierarquia superior à lei. A partir de 1977, a Suprema Corte mudou seu posicionamento e passou a equiparar os tratados internacionais às leis federais. Nessa esteira, passou a considerar equiparados à lei ordinária também os tratados internacionais de direitos humanos, em total ignorância ao dispositivo constitucional regulador da matéria (art. 5º, §2º).

19. O entendimento do Supremo Tribunal Federal de que os tratados de direitos humanos possuem hierarquia legal, está sendo alterado. O catalisador dessa mudança é o julgamento da admissibilidade da prisão civil do depositário infiel, que era outrora permitida pelo Supremo, e deve ser declarada inconstitucional, admitindo-se o processo de constitucionalização dos direitos humanos elencados em tratados internacionais que o Brasil tenha incorporado antes da entrada em vigor do §3º do art. 5º, no caso, o Pacto de São José da Costa Rica.

20. Em relação aos tratados incorporados já sob o dispositivo constitucional previsto na Emenda Constitucional nº 45 (§ 3º do art. 5º), percebe-se que eles podem ser considerados equivalentes formalmente às emendas constitucionais, se aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros (Decreto Legislativo nº 186/2008, que aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das pessoas com Deficiência). Trata-se, apenas de previsão (possibilidade) e não imposição (dever), eis que os tratados de direitos humanos, após ratificados, tanto pela forma tradicional como pela definida pela Emenda Constitucional nº 45, poderão ser aplicados ao sistema jurídico interno, tendo a garantia da materialidade constitucional.

21. Ao disciplinar a incorporação de tratados internacionais de direitos humanos, o § 3º sofre críticas da doutrina brasileira por considerar-se que ele não respondeu às questões necessárias para a garantia efetiva dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Essa crítica, além de outros motivos, se dá pelo receio de que a interpretação desse artigo viria a prejudicar

o entendimento seguido por parte considerável da doutrina em relação ao § 2º do mesmo art. 5º da CF/88, que já confere o nível constitucional aos tratados de direitos humanos.

22. A tese da inconstitucionalidade do §3º do art. 5º deve ser refutada, pois não afronta as garantias expressas no §1º e 2º§ do art. 5º, e, sim, os complementa. Portanto, fazer a distinção entre constitucionalização formal e material elucida qualquer dúvida, eis que concretamente o que importa é a caracterização de direitos materialmente fundamentais e essa característica é inerente a todos os direitos humanos elencados nos tratados e convenções de direitos humanos internalizados pelo Estado brasileiro.

23. Portanto, o primeiro entendimento sobre a inclusão do § 3º ao art. 5º, que possibilita a constitucionalização formal dos tratados de direitos humanos, foi de que ocorreu retrocesso, porém, concretamente as alterações efetuadas com a EC 45/2004 têm provocado a discussão aprofundada sobre a temática e aclara-se a relevância da cláusula de abertura material aos direitos humanos elencados nos tratados de que o Brasil seja parte.

## BIBLIOGRAFIA

- ALEXANDRINO, José de Melo. Directos fundamentais: introdução geral. Estoril: Principia, 2007.
- ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- \_\_\_\_\_. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Bogotá: Universidad Ext. de Colômbia, 2003.
- \_\_\_\_\_. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Revista de Direito Administrativo, nº 217, p. 55-66, jul./1999.
- \_\_\_\_\_. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. Revista de Direito Administrativo, nº 217, p. 67-79, jul./1999.
- \_\_\_\_\_. Teoría de los derechos fundamentales. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, Coimbra: Livraria Almedina, 3ª Ed., 2004.
- ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- BACHOF, Otto. Normas constitucionais inconstitucionais. trad. e pref. José Manuel M. Cardoso da Costa. - Reimpressão. - Coimbra : Almedina, 1994.
- BARROSO, Luís Roberto. "Constituição e tratados internacionais: Alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno", "in" "Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo", p. 185/208, 207, coordenação de Carlos Alberto Menezes Direito, Antonio Augusto Cançado Trindade e Antonio Celso Alves Pereira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- \_\_\_\_\_. Interpretação e Aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento jurídico. 10ª. Edição. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora UnB, 1999.
- \_\_\_\_\_. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 14ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2004. p.252.
- CALLO, Jorge Ivan Hübner. Panorama de los Derechos Humanos. Buenos Aires: Editora da UBA, 1977.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania**. Brasília – DF. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/sileg/MostrarIntegra.asp?CodTeor=406111>>. Acesso em: 18/01/2008.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Coimbra: Almedina, 7ª Ed., 4ª reimpressão, 2003.

\_\_\_\_\_. Constituição dirigente e vinculação do legislador-Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 1ª Ed, 1982 e 2ª Ed., 2001.

CANOTILHO, J.J. GOMES e MOREIRA, Vital, Fundamentos da Constituição, Coimbra Editora, 1991.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito constitucional. 14ª edição. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão / organização e introdução Leonardo Martins ; pref. Jan Woischik. - Berlim : Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. Salvador: Ed. Podivm, 2008.

\_\_\_\_\_. Controle Judicial das Omissões do Poder Público. São Paulo: Saraiva, 2004.

CEZNE, Andréa Nárriman. A teoria dos direitos fundamentais: uma análise comparativa das perspectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy. Revista de Direito Constitucional e Internacional, nº 52, p. 51-67, jul./2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Direitos Humanos e Cidadania. 2 ed. rev. São Paulo: Moderna, 2004.

DALLARI, Pedro Bohomeletz de Abreu. Constituição e Tratados Internacionais. São Paulo: Saraiva, 2003.

D'ANGELIS, Wagner Rocha. As raízes dos direitos humanos: do princípio da liberdade à cidadania. *in* Os rumos do Direito Internacional dos direitos humanos: ensaios em homenagem ao professor Antonio Augusto Cançado Trindade. Tomo II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERNANDEZ, Encarnación. Igualdad e derechos humanos. Madrid: Tecnos, 2003.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. Direitos humanos fundamentais. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. Comentários à Constituição de 1988. São Paulo: Julex, 1989.

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: Editora Forense, 1998.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GORGZEVSKI, Clóvis. Direitos humanos dos primórdios da humanidade ao Brasil de hoje. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. Os direitos fundamentais atípicos. Lisboa: Editorial Notícias, 1995.

HABÈRLE, Peter. Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safE, 1997.

HERKENHOFF, João Baptista. Curso de Direitos Humanos. V.1. A Gênese dos Direitos Humanos. São Paulo: Acadêmica, 1994.

HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da república Federal da Alemanha. Tradução de Luíz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

\_\_\_\_\_. A força normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFe, 1991.

KANT, Immanuel. Fundamentação DA Metafísica dos Costumes. Porto: Porto Editora, 1995.

KELSEN, Hans, Teoria Pura do Direito ( trad. De João Baptista Machado ), Coimbra: Armênio Amado, 1979, 5ª Ed.

KRELL, Andréas J. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado". Porto Alegre: SAFe, 2002.

LAFER, Celso. A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais. São Paulo: Ed. Manole, 2005.

\_\_\_\_\_. Comércio, Desarmamento e Direitos Humanos, p. 141. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

LASSALE, Ferdinand. Uber die Verfassung, 1863, publicado no Brasil sob o título "A essência da Constituição", Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 6ª Ed., 2001.

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto. *Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.25.

LOUREIRO, Silva Maria da Silveira. *A inserção do modelo aberto de proteção dos direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal brasileira de 1988*. in *Os rumos do Direito Internacional dos direitos humanos: ensaios em homenagem ao professor Antonio Augusto Cançado Trindade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

MARTÍN, Nuria Belloso. *Planteamientos doctrinales de los derechos humanos a traves de la história*. (Texto de trabalho apresentado em conferência na Faculdade de Direito da Universidade de Burgos, 1995).

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional Público*. 2ª ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. "O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia". In *Revista da Ajuris*, Ano XXXII, n.º 98, junho/2005.

\_\_\_\_\_. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. Brasília: *Revista de Informação Legislativa*, ano 42, n. 167, jul./set., 2005.

\_\_\_\_\_. *Tratados internacionais*. 2ª ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos & relações internacionais*. Campinas: Agá Juris, 2000.

MCKEON, Richard. *Lãs bases filosóficas y lãs circunsâncias materiales de los derechos del hombre*. Madrid: Siglo veinteuno, 1993.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*, v. 01, 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

\_\_\_\_\_. "O § 2º do ar . 5º da Constituição Federal". In: RICARDO LOBO TORRES (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar. *Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <http://www.direitopublico.com.br> . Acesso em: 20 de janeiro de 2008.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo VII. Coimbra: Coimbra editora, 2007.

\_\_\_\_\_. Estado Social de Direitos Fundamentais, Doutrina: Superior Tribunal de Justiça – Edição Comemorativa – 15 anos. Brasília Jurídica Ltda., 2005, pp. 2001 a 219.

\_\_\_\_\_. Manual de Direito Constitucional. Tomo II. 7ª ed. Coimbra: Coimbra ed., 2007.

\_\_\_\_\_. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. O constitucionalismo liberal luso-brasileiro. Lisboa: Comissão Nacional para as Comemorações dos Descobrimentos Portugueses, 2001.

\_\_\_\_\_. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. 3ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000.

\_\_\_\_\_. As Constituições Portuguesas de 1822 ao texto actual da Constituição. 4ª Edição. Lisboa: Livraria Petrony Editores, 1997.

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MORAIS, José Luis Bolzan de. As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MOURA, Magno Alexandre Ferreira. Da evolução internacional de mecanismos de proteção dos Direitos Humanos da infância e seus reflexos no Brasil. Revista do Ministério Público – alagoas, n. 15, jan./jun. 2005.

NABAIS, José Casalta. O dever fundamental de pagar impostos. Coimbra: Almedina, 2004.

NIKKEN, Pedro. “El Concepto de Derechos Humanos”. Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), “Antología Básica en Derechos Humanos”, San José Costa Rica : ed. IIDH, 1994.

OTERO, Paulo. Instituições Políticas e Constitucionais. Volume I. Coimbra: Almedina, 2007.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. Manual de direito internacional público. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

PEREZ LUÑO, António E. Los Derechos Fundamentales. 7ª. Ed. Madrid: Tecnos, 1998.

\_\_\_\_\_. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion. 5ª. Ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional, 8.<sup>a</sup> ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2008.

\_\_\_\_\_. Temas de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 1998.

\_\_\_\_\_. “O direito internacional dos direitos humanos e a redefinição da cidadania no Brasil”. In: Justiça e democracia: revista semestral de informação e debate, ano 1, n.º 2, p. 109-118. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jul./dez. 1996.

\_\_\_\_\_. Direitos humanos e globalização. *in* Direito Global. SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena (coordenadores). São Paulo: Max Limonad, s/d.

REZEK, Francisco. Direito Internacional Público – Curso Elementar”, 10<sup>a</sup> ed./3<sup>a</sup> tir., São Paulo: Saraiva, 2007.

SANTOS, Fernando Ferreira. Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

Schmitt, Carl. Teoría de la Constitución. Tradución de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1982.

SILVA, José Afonso da, Aplicabilidade das normas constitucionais. 7<sup>a</sup> ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23<sup>a</sup>. Edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *in* Revista de Direito Administrativo, vol. 212, 1998.

SILVA, Vasco Pereira da. “A cultura a que tenho direito”: direitos fundamentais e cultura. Coimbra: Almedina, 2007.

STRECK, Lenio Luiz, Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova crítica do Direito, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editor, 2002, p. 614-628.

TAVARES, André Ramos. Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (Des)estruturando a Justiça. São Paulo: Saraiva, 2005.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O direito internacional em um mundo em transformação. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. V. II, p.140.  
Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999.

\_\_\_\_\_. A interação entre o direito internacional e o direito interno na  
proteção dos direitos humanos: a incorporação das normas internacional de  
proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. 2ª edição. Brasília: IIDH,  
1996.

\_\_\_\_\_. A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos  
jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, Os direitos fundamentais na Constituição  
Portuguesa de 1976, Coimbra: Livraria Almedina, 2ª Ed., 2001.

WEIS, Carlos. Direitos humanos contemporâneos. São Paulo: Malheiros, 1999.