

**FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL – UNIBRASIL  
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

**MOACIR IORI JUNIOR**

**A HIERARQUIA CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE  
DIREITOS HUMANOS**

**CURITIBA**

**2014**

**FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL – UNIBRASIL**  
**PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

**MOACIR IORI JUNIOR**

**A HIERARQUIA CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE**  
**DIREITOS HUMANOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, Faculdades Integradas do Brasil - UniBrasil.

Orientadora: Profa. Dra. Larissa Liz Odreski  
Ramina

**CURITIBA**

**2014**

## TERMO DE APROVAÇÃO

MOACIR IORI JUNIOR

### A HIERARQUIA CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Programa de Mestrado, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora:           Profª. Dra. Larissa Liz Odreski Ramina  
Programa de Mestrado em Direito, Faculdades Integradas do Brasil –  
UNIBRASIL.

Membros:               Prof. Dr. Eduardo Gomes  
Programa de Mestrado em Direito, Faculdades Integradas do Brasil –  
UNIBRASIL.

Profª. Dra. Gisele Ricobom  
Programa de Pós Graduação UNILA.

Profª. Dra. Tatyana Scheila Friedrich  
Programa de Pós Graduação UFPR.

Curitiba, 24 de fevereiro, de 2014

Dedico este trabalho aos meus pais, ***Moacir Iori e Anastacia Robloski Iori***. A ele por ser um homem inteligente e generoso; a ela por ser alegre e dedicada; a ambos por terem um amor incondicional a seus filhos, sabendo, com responsabilidade e zelo, ensinar-nos a beleza do saber, sendo para mim um paradigma desta busca tão bonita e nobre.

## AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar aos *meus pais* pelo incentivo em todos os momentos e o socorro nos períodos de crise.

A minha mulher, *Daiane Meira de Oliveira*, que participou desta jornada como uma companheira inestimável, oferecendo apoio, conforto e amor em todos os momentos.

Ao meu filho, *João Murillo de Oliveira Alberton*, que tantas vezes interrompeu meus estudos para brincarmos. Seu amor e participação neste trabalho foram imprescindíveis.

A professora *Larissa Liz Odreski Ramina*, minha orientadora. Possuidora de uma inteligência ímpar, ela foi compreensível com minhas falhas e seus ensinamentos, apontamentos e cobranças, foram o leme deste trabalho.

A todos os *professores e funcionários da UniBrasil* que de alguma forma contribuíram com esta caminhada.

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

CF – Constituição Federal

DIDH – Direito Internacional dos Direitos Humanos

EC – Emenda Constitucional

Min. – ministro

OEA – Organização dos Estados Americanos

OIT – Organização Internacional do Trabalho

OMI – Organização Marítima Internacional

OMS – Organização Mundial da Saúde

ONU – Organização das Nações Unidas

RE – Recurso Extraordinário

Rel. - relator

SGDH – Sistema Global de proteção dos Direitos Humanos

SIDH – Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos

STF – Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>RESUMO.....</b>	<b>9</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>10</b>
<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>CAPITULO 1 O DIREITO INTERNACIONAL E SUA INFLUÊNCIA NO ORDENAMENTO INTERNO POR MEIO DE TRATADOS INTERNACIONAIS .....</b>	<b>14</b>
1.1. O DIREITO INTERNACIONAL E SUAS FONTES.....	14
1.2. OS TRATADOS INTERNACIONAIS .....	21
1.2.1. Os tratados internacionais de direitos humanos .....	28
1.3.. A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNO E O INTERNACIONAL .....	31
1.3.1. O recurso extraordinário 80.004/77.....	37
1.3.1. A emenda constitucional n. 45/2004 e os recursos extraordinários n. 349.703/RS e 466.343/ e o habeas corpus n. 87.585/TO .....	42
<b>CAPITULO 2 A ORDEM CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA E OS DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>52</b>
2.1. NEOCONSTITUCIONALISMO E A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL.....	52
2.1.1. A supremacia formal da constituição .....	59
2.1.2. A supremacia material da constituição.....	64
2.1.3. O bloco de constitucionalidade.....	65
2.2. OS DIREITOS HUMANOS.....	69
2.2.1. Proteção dos direitos humanos no plano internacional .....	71
2.2.2. Proteção dos direitos humanos no plano nacional.....	77
2.3. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE .....	79
<b>CAPITULO 3 A HIERARQUIA CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS.....</b>	<b>85</b>
3.1. OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS COMO NORMAS CONSTITUCIONAIS .....	85

3.2. OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS COMO NORMAS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO COMPARADO .....	90
3.2.1. Paraguai .....	91
3.2.2. Argentina .....	92
3.2.3. Equador.....	96
3.2.4. Bolívia .....	98
3.2.5. Outros Países .....	101
3.3. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	102
3.4. PROPOSTA DE IMPLEMENTAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	106
3.4.1.Leitura valorativa da Constituição nos precedentes do STF .....	108
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>115</b>
<b>BIBLIOGRAFIA CONSULTADA .....</b>	<b>118</b>

## RESUMO

No último século o direito internacional aumentou significativamente sua relevância, notadamente no campo normativo, com a elaboração de diversos tratados que visam a proteção dos direitos humanos. Na interação dessas normas internacionais com a nova ordem constitucional – neoconstitucionalismo – os tratados de direitos humanos são recepcionados como normas constitucionais que compõe o bloco de constitucionalidade, em razão de seu caráter fundamental. A Constituição Federal de 1988 foi um mecanismo de importante renovação do sistema normativo constitucional de proteção da pessoa humana, que, atenta ao progresso histórico da proteção dos direitos humanos, expressou, por meio do art. 5º §2º uma cláusula de abertura aos tratados internacionais de direitos humanos. Esse trabalho tem por objetivo evidenciar que a abertura promovida pela Constituição é no sentido de hierarquizar os tratados internacionais de direitos humanos, como normas materialmente constitucionais, com características de parametricidade à atuação do julgador e que a efetividade da proteção humana, com base nos tratados, deve ocorrer por meio do controle de constitucionalidade que observa as decisões dos órgãos internacionais e dos tratados que o Brasil participa.

**Palavras-Chave:** Direito Internacional. Tratados Internacionais. Direitos Humanos. Controle de Constitucionalidade.

## **ABSTRACT**

In the last century international law has significantly increased its relevance, especially in the legal field , with the development of various treaties aimed at protecting human rights . The interaction of these international standards with the new constitutional order - neoconstitutionalism them human rights treaties are approved as constitutional rules that compose the block of constitutionality, because of its fundamental character. The Federal Constitution of 1988 was a mechanism for replenishing the constitutional legal system for the protection of the human person, that, given the historical progress of human rights protection, expressed through art. 5 § 2, a opened clause to international human rights treaties. This work aims to show that the opening is promoted by the Constitution in order to rank the international human rights treaties, as materially constitutional requirements, having the characteristics of the performance of parametric, judgmental and that the effectiveness of human protection , based on treaties, should occur through the control of constitutionality that observes the decisions of international bodies and treaties that Brazil participates .

**Word-Key:**International Law. International Treaties.Human Rights.Constitution Review.

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como tema de estudo a compreensão da relação entre o direito interno e o internacional, com enfoque a normativa relativa aos direitos fundamentais, considerando a forma com que os tratados internacionais de direitos humanos ingressam na ordem constitucional.

Não se trata de um tema inédito. Entretanto, o debate sobre a matéria não está superado e pode ser aprofundado, inclusive, com o acréscimo de elementos teóricos do direito constitucional, já que costumeiramente o assunto é tratado exclusivamente sob as matizes teóricas do direito internacional.

A escolha por esse objeto de estudo justifica-se, num aspecto global, por verificar que a discussão do direito internacional é pouco difundida pela doutrina e jurisprudência, principalmente em disciplinas como o direito constitucional. Num aspecto específico, o estudo se justifica porque recentes mudanças na Constituição Brasileira reanimaram as discussões sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, tendo o Supremo Tribunal Federal, em recentes decisões, tomado posição de expressivo avanço, mas que ainda não reflete toda a importância do tema.

Se o estudo dos direitos fundamentais presentes no ordenamento interno brasileiro possui uma maturidade jurídica, tal qual não ocorre no estudo dos direitos humanos presentes nas normas internacionais. A história constitucional brasileira refletiu de forma tímida as relações internacionais do Estado, silenciando, em muitos casos, sua tratativa.

O advento da Constituição de 1988, com alentos de uma Constituição principiológica e aclamada como cidadã, trouxe reflexos significativos para o estudo dos tratados internacionais de direitos humanos. Não foi uma Constituição diferente de suas antecessoras quanto ao tratamento do direito internacional, sendo ela também silente em muitos pontos, mas porque foi uma Constituição aberta ao diálogo de proteção da dignidade humana. Em nenhum outro momento o Estado constitucional brasileiro vê uma preocupação com os direitos fundamentais como o fez o constituinte de 1988.

E é precisamente nesta preocupação com os direitos fundamentais que a Constituição de 1988 encontra abertura para os tratados internacionais de direitos humanos. O estudo da proteção internacional em relação à proteção interna merece um estudo aprofundado, que não esgotará o tema, mas que promoverá a reflexão.

Para tanto, no primeiro capítulo, será abordada a relação entre o direito interno e o internacional, com enfoque nos tratados internacionais de direitos humanos, notadamente a

postura que tem assumido o Supremo Tribunal Federal no conflito entre a norma internacional com a norma interna.

O cerne deste capítulo se situa na compreensão da influência do tratado internacional e sua importância para modificar o direito interno, avaliando, posteriormente, sua forma de inclusão. Os primeiros passos na pesquisa é formar a base da relação entre os âmbitos jurídicos doméstico e internacional para entender o aparente conflito entre uma norma e outra.

No segundo capítulo o estudo abordará a ordem constitucional contemporânea, conhecida por neoconstitucionalismo, compreendendo a supremacia, formal e material, que uma Constituição possui, especialmente em relação ao bloco de constitucionalidade. O estudo desse tema é imprescindível para compreender a inclusão dos tratados internacionais de direitos humanos a par das normas constitucionais.

Ainda no segundo capítulo será trilhado o estudo dos direitos humanos, dentro do plano interno e do internacional, destacando sua fundamentalidade para a ordem jurídica como um todo e vinculando a temática com a ordem constitucional suprema. O capítulo encerra analisando o controle de constitucionalidade dos atos subordinados à constituição, referenciando os direitos humanos como normas constitucionais.

Neste ponto a pesquisa encontrará seu ápice para, com as premissas formadas nos capítulos anteriores, discutir, no terceiro capítulo, a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos que ingressam na Constituição por sua característica material. Como reforço, e comprovação do tema proposto, o capítulo dedicará atenção especial ao direito comparado.

Optou-se pela apresentação de países latino-americanos que possuem características mais próximas do Brasil, sendo em sua grande maioria os Estados fronteiriços. Esses Estados, devido sua proximidade com o Estado brasileiro melhor podem elucidar a aplicação da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos. Os Estados estudados possuem repúblicas recém-formadas, normalmente por processos de transição de regimes autoritários, como é o caso do Brasil.

O terceiro capítulo remete a uma leitura dos tratados internacionais de direitos humanos como normas constitucionais que adquirirão tal status por meio da atividade jurisdicional de controle da constitucionalidade, enfatizando esses tratados como normas constitucionais. Ao final será demonstrado que o Supremo Tribunal Federal tem realizado uma leitura valorativa das normas constitucionais, predominando a inserção constitucionalmente material de normas externas ao texto da Carta.

As considerações finais contêm uma síntese das exposições teóricas feitas nos capítulos do trabalho e uma breve manifestação pessoal sobre o tema, visando, desse modo, a contribuir com a investigação sistemática, para o constante aperfeiçoamento do tema.

O estudo a seguir, longe de escassear o tema, promoverá o debate entre duas fontes normativas: o direito interno e o internacional, procurando uma solução, sob o viés dos direitos fundamentais, que garanta maior efetividade na proteção humana.

## CAPÍTULO I – O DIREITO INTERNACIONAL E SUA INFLUÊNCIA NO ORDENAMENTO INTERNO POR MEIO DE TRATADOS INTERNACIONAIS

### 1.1. O DIREITO INTERNACIONAL E SUAS FONTES

Discutir a ordem internacional é tratar efetivamente da soberania dos Estados vez que o direito internacional surge com a relação criada entre os Estados, enquanto soberanos, numa relação proporcional entre seus interesses e o comportamento que os guia.

Na ordem jurídica interna os Estados<sup>1</sup> aceitam a independência de cada governo alienígena, respeitando seus limites, territórios e ordenamento jurídico, mantendo entre si relações diplomáticas ou de conflito<sup>2</sup>.

Os Estados relacionam-se entre si por meio de discussões pacíficas, armadas ou sobre a combinação destas. Essas relações desdobrar-se-ão em duas dimensões: uma política e outra jurídica. É no campo jurídico que forma-se o direito internacional<sup>3</sup>.

O direito internacional surge das relações diplomáticas, como os acordos e as negociações internacionais, e também das relações não diplomáticas<sup>4</sup>, como o caso dos conflitos e das guerras armadas.

Nessa celeuma podemos determinar que o direito internacional “se faz, em boa medida, para os estados e pelos estados” num sistema relacional que não se promove de forma abstrata, pois forma-se nas relações interestatais, e também não é absoluto vez que está afastado de um poder soberano único, formando-se na relação de vários poderes<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Gerson de Britto Mello Bosen aponta que o conceito de Estado para a Ordem Internacional mostra-se diferente do conceito aplicado no direito interno. Aponta o Autor que “pode-se, pois, compreender o Estado, tal como hoje o vemos na ordem internacional, como uma ordem jurídica plena e hermética, harmônica em tese, executando-se por órgãos nacionais próprios, pela força, inclusive quando necessário, nos limites de um território, porção do Planeta, na qual somente essa ordem normativa é válida e dotada de poder de decisão definitiva, reconhecido pelas organizações análogas e pelas organizações conjuntivas destas, como conteúdo da regra internacional da autodeterminação”. BOSTON, Gerson de Britto Mello. **Constitucionalização do Direito internacional: Internacionalização do direito constitucional** – direito constitucional internacional brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 88-99, 100.

<sup>2</sup> BOSTON, Gerson de Britto Mello. **Constitucionalização do Direito internacional: Internacionalização do direito constitucional** – direito constitucional internacional brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 141

<sup>3</sup> CASELLA, Paulo Borba. **Fundamentos do Direito internacional Pós-Moderno**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 20.

<sup>4</sup> Hans Kelsen é claro ao apontar que mesmo os conflitos armados, como as guerras e as represálias, fazem parte da normativa do Direito internacional. Enquanto a formação de acordos ou desacordos entre os Estados produz normas do Direito internacional, também os conflitos, se pensados como formas de sanção. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998, p. 235.

<sup>5</sup> CASELLA, Paulo Borba. **Fundamentos do Direito internacional Pós-Moderno**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 10.

O direito internacional é, portanto, uma parcela da ciência jurídica formada pelas atividades dos Estados que se submetem a regras entre potências do âmbito internacional, no intuito de promover sua continuidade no globo.

Considerando que muitas são as relações existentes entre os estados, desde a antiguidade até a atualidade, o direito internacional é formado por meio de diversas fontes.

Compreende-se por fontes “os modos pelos quais o direito se manifesta, isto é, as maneiras pelas quais surge a norma jurídica”<sup>6</sup>. A formação de uma fonte do direito representa a existência de uma estrutura normativa de poder. A fonte terá formação com a interferência de um centro de poder que normatiza os fatos e valores relevantes<sup>7</sup>.

Tradicionalmente as fontes do direito, incluindo o direito internacional, são divididas em fontes formais e materiais<sup>8</sup>.

As fontes materiais compreendem os meios auxiliares de formação das fontes formais. É o conjunto de fatores de índole sociológica, econômica, ecológica, psicológica, cultural, etc., que influenciam a decisão da autoridade investida para formalizar uma fonte do Direito<sup>9</sup>.

As fontes materiais completam uma base teórica que influencia a construção de normas, ou seja, são “os valores, aspirações e ideais que inspiram a concepção dos preceitos jurídicos, como o desejo de manutenção da paz e de realização da justiça, a proteção da dignidade humana e a mera necessidade de sobrevivência”<sup>10</sup>.

De outro turno as fontes formais correspondem aos elementos que formam o direito como regras que atuam e impõem sua vontade, emanadas da autoridade legitimada<sup>11</sup>.

Celso Duvivier Albuquerque Mello elucida a relação entre as fontes materiais e formais:

---

<sup>6</sup> MELLO, Celso Duvivier Albuquerque. **Curso de Direito internacional Público**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 203.

<sup>7</sup> Reale, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 141.

<sup>8</sup> Miguel Reale critica a distinção entre fontes formais e materiais alegando que são um mesmo acontecimento, razão que deveria existir somente o termo fonte do direito. “Por ‘fonte do direito’ designamos os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma estrutura normativa. O direito resulta de um complexo de fatores que a Filosofia e a Sociologia estudam, mas se manifesta, como ordenação vigente e eficaz, através de certas formas, diríamos mesmo de certas fôrmas, ou estruturas normativas, que são o processo legislativo, os usos e costumes jurídicos, a atividade jurisdicional e o ato negocial”. Reale, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 139-140.

<sup>9</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito internacional Público**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 114.

<sup>10</sup> PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional Público e Privado**. 5ª ed. São Paulo: JusPodium, 2013, p. 117.

<sup>11</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito internacional Público**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 115.

Os doutrinadores têm sido unânimes na apresentação da imagem do curso de água para distinguir as fontes materiais das fontes formais. Observam eles que, se seguirmos um curso de água, encontraremos a sua nascente, que é a sua fonte, isto é, o local onde surge a água. Esta é uma fonte formal. Todavia, existem diversos outros fatores (ex.: composição do solo, pluviosidade, etc.) que fizeram com que a água surgisse naquela região. Estes elementos que provocam o aparecimento das fontes formais são denominados de fontes materiais<sup>12</sup>.

Paulo Henrique Faria Nunes indica que as fontes do direito internacional são todos os elementos, abstratos ou concretos, que, ou criam direitos e deveres a seus atores, ou que regulam a normatividade das relações interestatais, de forma direta ou como instrumento legitimador de uma fonte legislativa<sup>13</sup>.

No que tange o direito internacional, a aplicação das fontes mostra-se um tanto problemática em decorrência de três fatores a seguir elencados. Primeiramente pela inexistência de uma autoridade supraestatal que legitima os atos normativos. Como os Estados são soberanos sob seu território, sua população e sua ordem jurídica, inexiste uma autoridade capaz de legitimar um ato supranacional senão a vontade do próprio Estado. Segundo, porque o direito internacional forma-se pela reunião caótica de materiais e documentos que encontram-se dispersos e sem coordenação. São acordos internacionais formados entre autoridades diversas, que por vezes são indeterminadas e incapazes de reunirem-se para formar um arcabouço de fontes. Terceiro porque as relações do direito internacional tiveram a inclusão de novos atores que contribuíram para ampliar a forma de atuação desse sistema, multiplicando as fontes desse direito<sup>14</sup>.

Luigi Condorelli precisamente aponta o problema das fontes no direito internacional:

Insomma, la causa della non istituzionalizzazione della società internazionale e della conseguente dispersione dei processi normativi, il diritto internazionale e policentrico, frammentario, asistemático visto che nessuna autorità superiore essercita il potere di ordenele in sistema coerente<sup>15</sup>.

Sendo o Estado a célula global máxima detentora de soberania, as fontes serão formadas normalmente pelas relações que estes terão entre si, ou com outras organizações, inexistindo portanto um organismo internacional criador de regras. A soberania dos Estados de firmarem acordos impondo regras jurídicas a si mesmos e a seus súditos pouco se alterou

<sup>12</sup> MELLO, Celso Duvivier Albuquerque. **Curso de Direito internacional Público**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 203.

<sup>13</sup> NUNES, Paulo Henrique Faria. **Direito internacional: Introdução Crítica**. Goiania: ASOEC, 2011. p. 113.

<sup>14</sup> TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Princípios do Direito internacional Contemporâneo**. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1981, p. 2.

<sup>15</sup> CONDORELLI, Luigi. Fonti (Dir. Inter.). In: CATENACCI, Mauro; et al. **Dizionario di Diritto Pubblico**. vol III. Giuffré Editore, 2006, p. 2559

no curso da história. Ainda hoje não existe um legislador com vocação global. Mesmo organismos internacionais como a OIT (Organização Internacional do Trabalho), a OMI (Organização Marítima Internacional) ou a OMS (Organização Mundial da Saúde) que conseguem efetuar pressões sobre os Estados membros para reforçar o respeito das normas internacionais ou ainda adotar medidas gerais para que eles as observem, não estão aptos a legislarem com poder supranacional<sup>16</sup>.

De acordo com Celso Duvivier Albuquerque Mello, historicamente o primeiro texto que enunciou fontes do direito internacional foi uma das inúmeras convenções concluídas na Conferência de Haia de 1907, que não entrou em vigor, mas estabelecia em seu artigo 7º,

Se a questão de direito estiver prevista por uma Convenção em vigor entre o beligerante captor e a Potência que for parte do litígio ou cujo nacional for parte dele, o Tribunal se conformará com as estipulações da mencionada Convenção. Não existindo essas estipulações, o Tribunal aplica as regras do Direito internacional. Se não existirem regras geralmente reconhecidas, o Tribunal decide de acordo com os princípios gerais do direito e da equidade<sup>17</sup>.

Ainda que o artigo não tratasse especificamente de uma hierarquia funcional entre as fontes verifica-se que, pela forma de aplicação estipulada, os acordos internacionais escritos teriam prevalência sobre os princípios gerais e a equidade.

Efetivamente foi o Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ) que trouxe em seu bojo a descrição das principais fontes formais do direito internacional, elencando, em seu artigo 38, os tratados<sup>18</sup>, o costume internacional e os princípios gerais do direito. Reza o artigo:

1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; c) os princípios gerais de direito

---

<sup>16</sup> Em respeito aos direitos humanos, a abertura do direito internacional para a inclusão dos indivíduos como sujeitos de direito foi significativa fazendo o direito internacional pós-moderno sair da inação que norteou suas atividades no início da década de cinquenta, fixando parâmetros e normas que interferem na soberania estatal, restringindo seu exercício e equalizando o estado como pessoa jurídica, logo, sujeito de direito, com deveres e obrigações perante a ordem jurídica. PELLET, Alain. As Novas Tendências do DI – Aspectos Macrojurídicos. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **O Brasil e os Novos Desafios do Direito internacional**. São Paulo: Forense, 2004, p. 13.

<sup>17</sup> MELLO, Celso Duvivier Albuquerque. **Curso de Direito internacional Público**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 206.

<sup>18</sup> O artigo 38 não exprimiu explicitamente a palavra tratados mas sim convenções internacionais, que consistem em uma das formas de tratados, deixando a cargo da interpretação jurídica chegar ao consenso de que o Estatuto objetivou colocar os tratados como fontes formais tal qual o costume internacional já aplicava. BRASIL. Decreto 19.841/45. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/D19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm). Acesso em: 18 jun 2013.

reconhecidos pelas Nações civilizadas; d) sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes Nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito. 2. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bano*, se as partes com isto concordarem<sup>19</sup>.

O Estatuto faz alusão às decisões judiciais e à doutrina de juristas como fontes do Direito Internacional, posicionando tais fontes como meios auxiliares daquelas, logo como fontes materiais. Assim, definiu-se que os tratados, o costume e os princípios gerais são fontes primárias do direito das gentes, enquanto que a doutrina e a jurisprudência internacional serão meios auxiliares.

O estatuto em mote não fez qualquer alusão sobre a prevalência de uma fonte ou outra, subentendendo-se que inexistente hierarquia entre as fontes. Antonio Augusto Cançado Trindade aponta que há controvérsia entre os autores acerca da hierarquia entre as normas, sendo entendidos por alguns, jusnaturalistas, que haveria uma diferença e por outros que não. O próprio autor encerra a discussão demonstrando que a falta de hierarquia se mostra mais condizente com o direito internacional, citando o exemplo entre o tratado e o costume que possuem entre si uma relação de coexistência, onde o tratado por vezes normatiza uma ação já empregada pelo costume ou quando o tratado cria um novo costume<sup>20</sup>.

Celso Duvivier Albuquerque Mello também enfatiza que um tratado pode se transformar em norma costumeira do direito internacional obrigando terceiros estados não participantes do tratado à sua observância<sup>21</sup>.

Assim uma fonte, como o costume<sup>22</sup> ou o tratado<sup>23</sup>, terá preferência sobre outra dependendo de como o caso concreto apresenta-se à solução internacional<sup>24</sup>.

Vislumbra-se facilmente que o Estatuto da Corte Internacional de Justiça em si nada inovou acerca das fontes do direito internacional público, pois aplicou o conhecimento geral que os juristas já detinham sobre fontes do direito. Houve uma mera transposição das fontes

<sup>19</sup> O Brasil promulgou a Carta das Nações Unidas com o Estatuto da Corte Internacional de Justiça anexo, em 22 de outubro de 1945, pelo Decreto n. 19.841, que ainda continua em vigor. BRASIL. Decreto 19.841/45. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/D19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm). Acesso em: 18 jun 2013.

<sup>20</sup> TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Princípios do Direito internacional Contemporâneo**. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1981, p. 3.

<sup>21</sup> MELLO, Celso Duvivier Albuquerque. **Curso de Direito internacional Público**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 284.

<sup>22</sup> Miguel Reale aponta em sua obra que: "Verificamos uma força maior do Direito costumeiro em certos ramos ou para a solução de determinados problemas, como é o caso do Direito Comercial e do Direito internacional"

<sup>23</sup> Um tratado poderá assumir postura contrária a um determinado costume, no intuito de alterar a prática até então vigente e assim terá preferência sobre o costume. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 160.

<sup>24</sup> MORE, Rodrigo Fernando. **Fontes do Direito internacional**. p. 3. Disponível em: <http://more.com.br/artigos/fontes%20do%20direito%20internacional.pdf>. Acesso em: 28 jul 2013.

do direito – lei, costumes, princípios gerais, doutrina e jurisprudência – para o direito internacional, alterando-se o quesito lei pelos tratados internacionais considerando a inexistência de leis supraestatais senão por meio de tratados<sup>25</sup>.

Segundo Paulo Henrique Faria Nunes, as fontes principais (tratados, costumes e princípios) podem ser separadas em dois grupos distintos, considerando a manifestação dos Estados e das organizações como participantes da formação legal das normas jurídicas internacionais.

De um lado temos as fontes indiretas que não precisam de qualquer expressão dos sujeitos internacionais enquanto que do outro lado temos as fontes diretas que há participação efetiva deles. Os princípios gerais do direito internacional são fontes representantes daquela categoria e os costumes e tratados internacionais representam esta<sup>26</sup>.

Paulo Henrique Faria Nunes<sup>27</sup> aponta que a divisão das fontes do direito internacional entre fontes formais e materiais é somente uma divisão das fontes tradicionais deste ramo jurídico. Discorre o autor que existem também fontes modernas do direito internacional público que são os atos unilaterais dos Estados que adquirem caráter jurídico e os atos das organizações internacionais<sup>28</sup>.

O costume internacional é representado por uma prática geral aceita como representação do direito. A configuração do costume segue dois elementos clássicos de formação de qualquer costume jurídico: o elemento objetivo, que é a prática reiterada, e o elemento subjetivo, que é a aceitação pelo sistema jurídico<sup>29</sup>.

A prática reiterada não se caracteriza somente pela repetição de atos pura e simplesmente, mas pela observação criteriosa da conduta dos Estados dentro do plano global

<sup>25</sup> NUNES, Paulo Henrique Faria. **Direito internacional: Introdução Crítica**. Goiânia: ASOEC, 2011, p. 114.

<sup>26</sup> NUNES, Paulo Henrique Faria. **Direito internacional: Introdução Crítica**. Goiânia: ASOEC, 2011, p. 115.

<sup>27</sup> NUNES, Paulo Henrique Faria. **Direito internacional: Introdução Crítica**. Goiânia: ASOEC, 2011, p. 113.

<sup>28</sup> Marcos Aurélio Pereira Valadão afirma que os atos das entidades internacionais são chamadas de soft law. “Por *soft law* entendemos as normas exaradas pelas entidades internacionais, seja no âmbito de organizações multilaterais, enquanto pessoas jurídicas de direito internacional público, tal qual a ONU, seja no de organizações regulatórias, não necessariamente ligadas às organizações internacionais de direito público, tal qual a Câmara Internacional do Comércio (CCI), e também as declarações de intenção que o conjunto das nações faz, como resultado dos grandes encontros internacionais. [...] O soft law se cristaliza em um texto escrito (também a forma final dos tratados), porém dotado de um grau de cogência relativo (gradação de nível de cogência). Tal gradação não encontra paralelo nos tratados, costumes ou nos princípios gerais do DI. O termo ‘soft’ encontra na gênese do soft law a sua melhor explicação. Na sua gênese o soft law não é hard (duro), como o tratado com todas as suas formalidades, nem demanda uma série de testes de verificação de sua existência, como o costume – forma-se, portanto, também, de maneira ‘soft’”. VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. **O Soft Law como Fonte Formal do Direito internacional Público**. 2003. Disponível em: <http://gedirj.files.wordpress.com/2009/06/o-soft-law-como-fonte-formal-do-dip.pdf>. Acesso em: 25 jul 2013.

<sup>29</sup> TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Princípios do Direito internacional Contemporâneo**. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1981, p. 5.

que mostrem relevância às relações internacionais. Mesmo as organizações internacionais possuem ações que podem contribuir para a formação de um costume internacional<sup>30</sup>.

Quanto aos princípios gerais do direito internacional um problema surge para a sua conceituação. Enquanto a diferença entre tratados e costume é bastante clara, a compreensão de princípio é mais difícil. Para uns seriam os princípios inseridos nos textos e normas internacionais, para outros os princípios do direito interno também possuem validade internacional<sup>31</sup>.

A expressão utilizada pelo art. 38 do Estatuto da CIJ, “princípios gerais do direito” apontam para a predominância das normas internacionais, mas, com a volta do direito internacional para o direito nacional, em uma nítida cooperação (conforme se verá adiante), observou-se que os dois sistemas apresentam princípios aplicáveis às normas internacionais.

A jurisprudência tomou maior importância com os sistemas de proteção da pessoa humana. Não se pode negar o valor que as decisões da Organização das Nações Unidas (ONU) ou do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIDH) refletem no plano internacional, como fomentadoras de ações dos Estados ou como interpretativas das regras internacionais.

Em plano mais reservado se mostra a doutrina internacional que dentre as outras fontes é a que ocupa posição mais modesta, pois na maioria dos casos, reflete as percepções regionais de cada autor, existindo grandes variações entre eles<sup>32</sup>.

Ainda que todas as fontes possuam grande relevância na ordem internacional, são os tratados internacionais que mais força ganharam nas últimas décadas, notadamente com o movimento positivista, como principal fonte de obrigação do direito internacional, ocupando o lugar anteriormente reservado ao costume internacional<sup>33</sup>.

A compreensão dos tratados internacionais, tal qual o tema da pesquisa aponta, prescinde de uma compreensão mais aproximada, entendendo sua formação e aprovação para alcançar a relação dele com o ordenamento interno e sua mescla com o direito constitucional.

---

<sup>30</sup> TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Princípios do Direito internacional Contemporâneo**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, p. 10.

<sup>31</sup> TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Princípios do Direito internacional Contemporâneo**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, p. 17-18.

<sup>32</sup> TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Princípios do Direito internacional Contemporâneo**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, p. 21.

<sup>33</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 99. A autora discorre ainda que “os princípios gerais de direito passam a ganhar cada vez maior relevância como fonte do direito internacional na ordem contemporânea”. Tal força, como a sequência do trabalho aponta, é adquirida em razão das normas de proteção da pessoa humana que carregam ampla margem principiológica em sua conceituação.

## 1.2. OS TRATADOS INTERNACIONAIS

Quando o Estado era regulado pelo poder dos soberanos, somente eles detinham capacidade para promover negociações internacionais, vez que o comprometimento revestia-se de caráter pessoal como o próprio poder<sup>34</sup>.

Com a transferência da soberania dos reis para o povo, as relações internacionais passaram a ser protagonizadas pelos Estados que se tornaram sujeitos do direito internacional. Diferente dos soberanos, a responsabilidade assumida passou a todo o Estado e conseqüentemente a toda a população<sup>35</sup>.

Hoje a codificação por meio de tratados está cada vez mais presente nas normas internacionais. Os tratados trazem consigo margem de segurança nas relações internacionais e, no plano da proteção dos direitos humanos, afirmam sua autenticidade, notadamente pela aceitação livre dos Estados<sup>36</sup>.

Celso Duvivier de Albuquerque Mello aponta que uma das maiores distinções entre a normativa no âmbito interno e o internacional refere-se à forma autoritária que aquela é criada, pois normalmente um pequeno grupo de pessoas (representando todos os habitantes) deliberam e “impõem” a todos sua vontade de forma obrigatória. Em contrapartida no plano internacional a norma só se impõe aos Estados que concordem e aceitem-na num verdadeiro consenso contratual<sup>37</sup>.

Por tratado entende-se como todo acordo formal de vontades, que determinam direitos e obrigações àqueles que o celebram. Assim, os tratados não se confundem com leis, possuindo, quando muito pode se dizer, “efeitos de lei”<sup>38</sup>.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, traz em seu art. 2º a definição de tratado como “um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e

---

<sup>34</sup> MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. O Brasil e os Novos Desafios do Direito dos Tratados. In BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **O Brasil e os Novos Desafios do Direito internacional**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 434.

<sup>35</sup> MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. O Brasil e os Novos Desafios do Direito dos Tratados. In BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **O Brasil e os Novos Desafios do Direito internacional**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 435.

<sup>36</sup> MAZZUOLI, Valério Oliveira. **Curso de Direito internacional Público**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 31.

<sup>37</sup> MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito internacional Público**. 13ª ed. vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 318.

<sup>38</sup> MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito internacional Público**. 13ª ed. vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 120.

regido pelo Direito internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação”<sup>39</sup>.

Assim, tratado internacional é expressão genérica utilizada largamente para referenciar um acordo - por qualquer que seja a sua denominação – efetivado pelos sujeitos com capacidade para tal<sup>40</sup> e que cria compromissos jurídicos, aos signatários, com caráter obrigatório. “O tratado designa qualquer acordo concluído entre dois ou mais sujeitos de direito internacional, destinado a produzir efeitos de direito e regulado pelo direito internacional”<sup>41</sup>.

Flávia Piovesan discorre que além do termo tratado que é a forma genérica, várias outras denominações podem se referir aos acordos internacionais como Convenção, Pacto, Protocolo, Carta, Convênio ou Acordo Internacional. Alguns termos são usados para denotar solenidade – como por exemplo, pacto ou carta - ou a natureza suplementar do acordo – no caso de protocolo<sup>42</sup>.

Inicialmente, os tratados foram acordados de forma bilateral, predominando tal forma até a metade do século XIX, quando os Estados começaram a celebrar tratados multilaterais, tendo esta prática se intensificado, principalmente após a primeira guerra mundial<sup>43</sup>.

Os sujeitos que podem, no plano internacional, realizarem acordos são os Estados, as organizações internacionais<sup>44</sup>, os beligerantes, a Santa Sé e outros entes internacionais, estendendo tal capacidade aos membros de uma federação e aos Estados subordinados quando autorizados pelos Estados soberanos vinculados<sup>45</sup>.

As organizações ou outros entes internacionais alcançaram o status de sujeitos capazes de celebrar tratados com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, de 1986. Ocorre que

<sup>39</sup> BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm). Acesso em: 20 dez 2013.

<sup>40</sup> CASELA, Paulo Borba, ACCIOLY, Hildebrando e NASCIMENTO E SILVA, G. E. do. **Manual de Direito internacional Público**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 159.

<sup>41</sup> NGUYEN QUOC, Dinh; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. 2. ed. Trad. Vítor Marques Coelho. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2003. p. 120.

<sup>42</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 100.

<sup>43</sup> MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. O Brasil e os Novos Desafios do Direito dos Tratados. In BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **O Brasil e os Novos Desafios do Direito internacional**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 438.

<sup>44</sup> É importante frisar que as organizações internacionais não são formadas por pessoas jurídicas privadas, mas sim por pessoas jurídicas de direito internacional público. Assim “não tem personalidade jurídica de direito das gentes, e carecem, por inteiro, de capacidade para celebrar tratados, as empresas privadas, pouco importando sua dimensão econômica e sua eventual multinacionalidade”. REZEK, Francisco. **Direito internacional Público**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 18.

<sup>45</sup> MELLO, Celso Duvivier Albuquerque. **Curso de Direito internacional Público**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 202.

referida norma não entrou em vigor ainda pela falta do depósito mínimo de 35 ratificações de Estados signatários. Até o início de 2014 a Convenção contava com 30 ratificações, sendo o Brasil somente signatário, vez que ainda não ratificou a convenção<sup>46</sup>. Ainda assim, Antonio Augusto Cançado Trindade cita que a força de participação das organizações internacionais não se encontra no mesmo plano dos países, pois,

Distintamente dos Estados, todos iguais ante o direito internacional, as organizações internacionais resultam de instrumentos constitutivos que a elas atribuem características jurídicas próprias: têm, assim, competência mais limitada que a dos Estados, e não raro não claramente definida<sup>47</sup>.

Sendo um acordo entre nações, os tratados só produzem efeitos às partes contratantes não criando direitos nem deveres perante terceiros, ante o princípio, *pacta tertiis nec nocent nec prosun* (os tratados não beneficiam nem prejudicam terceiros)<sup>48</sup>.

Historicamente, o continente americano foi o primeiro a inaugurar uma regulação internacional do direito dos tratados com a promoção da Convenção de Havana sobre Tratados, em 20 de fevereiro de 1928, ratificado por oito Estados, incluindo o Brasil. Na década de sessenta a comissão de direito internacional da ONU promoveu duas conferências, em 1968 e 1969, para criar uma convenção sobre tratados, denominada posteriormente de Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados<sup>49</sup>.

A Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados, assinada em 1969<sup>50</sup>, com vigência a partir de 1980, é um dos principais instrumentos do direito internacional em vigência que regulam a criação e extinção dos tratados no âmbito internacional de negociação dos estados<sup>51</sup>.

O processo de formação dos tratados, desde seu curso embrionário até a vigência e obrigatoriedade é centrado, conforme a Convenção de Viena, por várias fases - negociação,

<sup>46</sup> Disponível em: [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXIII-3&chapter=23&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-3&chapter=23&lang=en). Acesso em: 28 jan 2014.

<sup>47</sup> TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Direito das Organizações Internacionais**. 3ª ed. Belo Horizonte; Del Rey, 2003, p. 203.

<sup>48</sup> MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. O Brasil e os Novos Desafios do Direito dos Tratados. In BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **O Brasil e os Novos Desafios do Direito internacional**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 440.

<sup>49</sup> MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. O Brasil e os Novos Desafios do Direito dos Tratados. In BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **O Brasil e os Novos Desafios do Direito internacional**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 447.

<sup>50</sup> O Brasil ratificou a Convenção de Viena em 14 de dezembro de 2009 por meio do decreto n. 7.030. Texto completo da Convenção disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm). Acesso em: 15 fev. 2013.

<sup>51</sup> CASELA, Paulo Borba, ACCIOLY, Hildebrando e NASCIMENTO E SILVA, G. E. do. **Manual de Direito internacional Público**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 156.

assinatura, ratificação, promulgação, registro e publicação -, e torna sua conclusão uma forma mediata de aplicação.

Somente após o transcurso dessas fases é que o tratado terá o caráter de observância e vigência<sup>52</sup> ao país signatário<sup>53</sup>. O cumprimento de tais fases se mostra necessária em razão de sua matéria ser interdisciplinar, ao depender da relação estreita entre a ordem jurídica internacional e a interna, que estipula obrigações aos Estados, alterando as atividades estatais<sup>54</sup>.

A formação de um tratado se dá pela assinatura dos representantes de cada estado, após seu texto<sup>55</sup> ser estipulado pelas negociações entre as partes, logo estas são o estopim deflagrador do processo. “Encerrada a fase de negociações dos tratados internacionais, as autoridades competentes (originárias ou delegadas) firmam o documento, que é a forma pela qual as soberanias expressam sua vontade de celebrar aquele tratado”<sup>56</sup>.

Concluir um tratado e internalizá-lo é “antes de mais, um atributo de soberania, ao mesmo tempo que o seu exercício”<sup>57</sup>.

Para ter validade, a formação dos tratados nessa primeira fase deve cumprir quatro condições: (i) capacidade das partes (dentre as entidades internacionalmente aceitas); (ii) que os agentes representantes estejam habilitados pelo estado; (iii) que haja sempre consentimento mútuo entre os negociantes; e (iv) que o objeto acordado seja lícito e possível<sup>58</sup>.

A competência para firmar as negociações e posteriormente a assinatura do texto é do Chefe de Estado<sup>59</sup>, que na ordem constitucional de separação de poderes normalmente

---

<sup>52</sup> Importante apontar que a vigência internacional pode ter regra específica no tratado, como por exemplo, a estipulação de determinado número de ratificações para sua vigência, a sua aplicação imediata ou após o transcurso de determinado lapso temporal. Estas regras são facilmente encontradas principalmente nos tratado multilaterais.

<sup>53</sup> MELLO, Celso Duvivier Albuquerque. **Curso de Direito internacional Público**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 212.

<sup>54</sup> NGUYEN QUOC, Dinh; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. 2. ed. Trad. Vítor Marques Coelho. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2003, p. 121.

<sup>55</sup> A forma escrita é a mais comum nos tratados e modernamente a forma utilizada conforme o art. 2º da Convenção de Viena, porém os acordos orais também foram aceitos e possuíam o mesmo caráter de obrigatoriedade. MELLO, Celso Duvivier Albuquerque. **Curso de Direito internacional Público**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 200.

<sup>56</sup> GAVETTI, Erica Marta. Tratados Internacionais em Matéria Tributária. In D'ANGELIS, Wagner Rocha. **Direito internacional do Século XXI: Integração, justiça e paz**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 324.

<sup>57</sup> NGUYEN QUOC, Dinh; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. 2. ed. Trad. Vítor Marques Coelho. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2003, p. 127.

<sup>58</sup> GAVETTI, Erica Marta. Tratados Internacionais em Matéria Tributária. In D'ANGELIS, Wagner Rocha. **Direito internacional do Século XXI: Integração, justiça e paz**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 202.

<sup>59</sup> Francisco Rezek aponta que “em todos os atos relacionados com o comprometimento internacional, o chefe de Estado dispõe da autoridade fluente de seu cargo”. REZEK, Francisco. **Direito internacional Público**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 34

pertence ao poder executivo<sup>60</sup>, e também aos indivíduos plenipotenciários consoante a Convenção de Viena.

O art.7º da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados<sup>61</sup> aponta que, em virtude de suas funções, os chefes de governo e os ministros das relações exteriores podem realizar todos os atos de conclusão de um tratado, bem como os chefes de missões diplomáticas e os representantes acreditados podem participar da elaboração do texto de um tratado.

No Brasil, o Ministério das Relações Exteriores possui competências para participar nas negociações comerciais, econômicas, técnicas e culturais entre Estados e entidades estrangeiras. O Ministério também apoia as delegações determinadas para a produção dos acordos internacionais<sup>62</sup>.

Com a finalização e aceitação do texto<sup>63</sup> pelos representantes dos Estados, cada um encaminhará o tratado a seus respectivos órgãos legislativos para a apreciação e ratificação, para que o acordo internacional passe a ter validade.

Internamente os tratados serão votados e aceitos pelo poder legislativo, ou outro que assuma a finalidade de legislar, conforme a processualística determinada para sua incorporação, podendo ter feições de prevalência, equiparação ou inferioridade sobre as normas internas dependendo do caso.

No ordenamento brasileiro, a Constituição Federal, pouco tratou da temática dos tratados internacionais<sup>64</sup>, trazendo somente dois artigos – o artigo 84, inciso VIII<sup>65</sup>, e o artigo

---

<sup>60</sup> MELLO, Celso Duvivier Albuquerque. **Curso de Direito internacional Público**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 213.

<sup>61</sup> Prevê o artigo: “Artigo 7. Plenos Poderes. 1. Uma pessoa é considerada representante de um Estado para a adoção ou autenticação do texto de um tratado ou para expressar o consentimento do Estado em obrigar-se por um tratado se:a)apresentar plenos poderes apropriados; ou b)a prática dos Estados interessados ou outras circunstâncias indicarem que a intenção do Estado era considerar essa pessoa seu representante para esses fins e dispensar os plenos poderes. 2. Em virtude de suas funções e independentemente da apresentação de plenos poderes, são considerados representantes do seu Estado: a) os Chefes de Estado, os Chefes de Governo e os Ministros das Relações Exteriores, para a realização de todos os atos relativos à conclusão de um tratado; b) os Chefes de missão diplomática, para a adoção do texto de um tratado entre o Estado acreditante e o Estado junto ao qual estão acreditados; c) os representantes acreditados pelos Estados perante uma conferência ou organização internacional ou um de seus órgãos, para a adoção do texto de um tratado em tal conferência, organização ou órgão”. BRASIL. Decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Convenção de Viena. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm). Acesso em: 15 fev. 2013.

<sup>62</sup> BRASIL. Decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Convenção de Viena. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm). Acesso em: 15 fev. 2013.

<sup>63</sup> A Convenção de Viena determina em seu art. 9º: “1. A adoção do texto do tratado efetua-se pelo consentimento de todos os Estados que participam da sua elaboração, exceto quando se aplica o disposto no parágrafo 2. 2. A adoção do texto de um tratado numa conferência internacional efetua-se pela maioria de dois terços dos Estados presentes e votantes, salvo se esses Estados, pela mesma maioria, decidirem aplicar uma regra diversa.” BRASIL. Decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Convenção de Viena. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm).

<sup>64</sup> A Constituição Brasileira pouco tratou sobre a temática das relações internacionais deixando de acompanhar a evolução do Direito internacional. Neste sentido Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros aponta que: “O progresso das relações internacionais dinamizou a produção de normas jurídicas, diversificando amplamente os meios de

49 inciso I<sup>66</sup> – que indicam, de forma sucinta, como é o processo de incorporação dos tratados no plano interno.

A fórmula foi a mesma utilizada pelas Cartas republicanas anteriores, com alterações mínimas, mantendo a Constituição certo distanciamento do direito internacional, deixando à aplicação prática definir a relação entre os dois poderes<sup>67</sup>.

Inicialmente o Presidente da República, atuando como Chefe de Estado, manifesta sua vontade de celebrar o tratado internacional e aperfeiçoa sua decisão pelo referendo do Congresso Nacional, “ficando, pois, consagrada a cooperação entre os dois poderes”<sup>68</sup>.

A participação do Congresso Nacional mostra a necessidade da população, por meio de seus representantes, participar da aceitação de uma norma. Assim o congresso poderá autorizar a ratificação ou não, com ou sem ressalvas de texto, sendo esta a oportunidade que possui a soberania popular para se insurgir contra o tratado, no todo ou em parte, que seja contrário a suas aspirações<sup>69</sup>.

Segundo Valério de Oliveira Mazzuoli “a competência ad referendum do congresso, esclareça-se, limita-se à aprovação ou rejeição do texto convencional tão-somente, não sendo admissível qualquer interferência no seu conteúdo”, não existindo, portanto, a emenda aos tratados<sup>70</sup>.

---

criação das mesmas e levando vários desses meios a ficarem excluídos da previsão estática das regras constitucionais. Por isso, fala-se na existência de uma área cinzenta em algumas Constituições, que torna sombrias as normas referentes às relações exteriores” MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. **O Poder de Celebrar Tratados: Competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do Direito internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 16.

<sup>65</sup>“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”. BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 12 fev 2013.

<sup>66</sup>“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”. *Idem*

<sup>67</sup> Um caso interessante de tais relações é da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1625-3/DF que discute a constitucionalidade da denúncia do Presidente da República a Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). O Brasil ratificou a Convenção em 1996, e no mesmo ano, o Presidente denunciou-a, estipulando que sua vigência perderia eficácia um ano após. Foi impetrada a ADI em comento, já tendo votos favoráveis a anular a denúncia do presidente por inconstitucionalidade, entendendo que o Congresso Nacional deve participar de tais atos, principalmente se as normas internacionais tratarem de direitos humanos. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1625-3. Sem julgamento. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/adi1625JB.pdf>. Acesso em 20 fev. 2013.

<sup>68</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Rezende. SILVA, Lucas Sávio Oliveira da. **O Sistema Brasileiro de Incorporação de Tratados e a Eficácia do Direito internacional**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, n. 58, Belo Horizonte, jan/jun 2011, p. 20.

<sup>69</sup> GAVETTI, Erica Marta. Tratados Internacionais em Matéria Tributária. In D’ANGELIS, Wagner Rocha. **Direito internacional do Século XXI: Integração, justiça e paz**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 324.

<sup>70</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Poder Legislativo e os Tratados Internacionais: O treaty-making power na Constituição Brasileira de 1988**. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Artigo\\_Poder\\_Legislativo\\_e\\_Tratados\\_Internacionais\\_Valerio\\_Mazzuoli.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Artigo_Poder_Legislativo_e_Tratados_Internacionais_Valerio_Mazzuoli.pdf). Acesso em 15 fev. 2013.

Após a aprovação de um tratado internacional pelo Congresso Nacional, cabe ao Presidente da República, ou seu representante legal, encaminhar o aval legislativo e depositar o instrumento no local conveniado, produzindo a partir deste momento, os efeitos do tratado na seara internacional<sup>71</sup>.

Conforme Celso Duvivier de Albuquerque Mello “antes da troca, depósito ou notificação dos instrumentos de ratificação, aceitação, etc., o tratado pode ser aplicado provisoriamente até a sua entrada em vigor se as partes assim convierem”<sup>72</sup>, ou, seguindo o art. 25 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados<sup>73</sup>, se o tratado dispuser desta forma.

De acordo com Rodrigo D’Araujo Gabsch:

Como regra, os tratados internacionais são firmados sob reserva de ratificação, de maneira que a assinatura, por si só, não vincula o Estado negociador aos seus termos. Este se verá obrigado apenas se decidir manifestar o seu consentimento definitivo, por meio de ratificação ou ato análogo. O lapso de tempo entre aqueles dois momentos – a assinatura e a ratificação – permite ao contratante avaliar, mediante um processo interno de exame, a conveniência e a oportunidade de acatar os compromissos previstos no tratado<sup>74</sup>.

Encerrado o depósito de ratificação, que torna o tratado vigente internacionalmente, o presidente deve publicar, por meio de decreto, a íntegra do tratado, demonstrando a todos (administração pública, juízes, população, etc.) que aquele tratado deverá ser observado.

Conforme o caso brasileiro, vê-se que a conclusão dos tratados é, por sua natureza, uma matéria que encontra reflexo nas duas ordens – interna e internacional – pois forma-se com base no direito internacional mas depende também do direito interno<sup>75</sup>.

Como regra, o Brasil somente pode vincular-se a um tratado após a conjugação dos poderes executivo e legislativo. Ainda assim muitas críticas sofre a Constituição Brasileira

<sup>71</sup> MELLO, Celso Duvivier Albuquerque. **Curso de Direito internacional Público**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 221.

<sup>72</sup> MELLO, Celso Duvivier Albuquerque. **Curso de Direito internacional Público**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 221.

<sup>73</sup> Reza o art. 25: 1. “Um tratado ou uma parte do tratado aplica-se provisoriamente enquanto não entra em vigor, se: a) o próprio tratado assim dispuser; ou b) os Estados negociadores assim acordarem por outra forma. 2. A não ser que o tratado disponha ou os Estados negociadores acordem de outra forma, a aplicação provisória de um tratado ou parte de um tratado, em relação a um Estado, termina se esse Estado notificar aos outros Estados, entre os quais o tratado é aplicado provisoriamente, sua intenção de não se tornar parte no tratado.” O Brasil aceitou a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados mas com reserva aos arts. 25 e 66. Explica a Convenção, na alínea “d” do artigo 1º, que “reserva” é “uma declaração unilateral, qualquer que seja a sua redação ou denominação, feita por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado”. BRASIL. Decreto Nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm). Acesso em 10 fev. 2013.

<sup>74</sup> GABSCH, Rodrigo D’Araujo. **Aprovação Interna de Tratados Internacionais pelo Brasil**: Possíveis opções para acelerar seu processo. Brasília: FUNAG, 2010. p. 14.

<sup>75</sup> NGUYEN QUOC, Dinh; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. 2. ed. Trad. Vítor Marques Coelho. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2003. p. 127.

pelo descaso oferecido às normas internacionais, que podem gerar dualidade de interpretações.

Se quase nada tratou acerca da incorporação dos tratados internacionais, longe disso passou a Constituição sobre a denúncia dos tratados. Todas as Constituições brasileiras, incluindo a de 1988, foram omissas sobre a possibilidade de denúncia dos tratados, deixando a cargo da jurisprudência e das ações práticas a estipulação de regras para a atuação dos órgãos legislativo e executivo.

A discussão da matéria formulou no Brasil o conceito de que o Presidente da República teria plenos poderes para denunciar um tratado. Em 1926, Clóvis Beviláquia, consultor jurídico do Itamaraty, emitiu um parecer onde o Presidente da República não precisaria ouvir o congresso nacional, vez que o tratado estipulava uma cláusula de denúncia que foi aprovada pelo poder legislativo e portanto autorizava o Chefe de Estado a exercer tal poder de forma completa<sup>76</sup>.

Este posicionamento permaneceu até os dias de hoje quando nova discussão surgiu com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1625-3/DF que discute a constitucionalidade da denúncia do Presidente da República à convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). O Brasil ratificou a convenção em 1996 e, no mesmo ano, o Presidente denunciou-a, estipulando que sua vigência perderia eficácia um ano após. Foi impetrado a ADI em comento, já tendo votos favoráveis a anular a denúncia do Presidente, por sua inconstitucionalidade, entendendo os votos que o Congresso Nacional deve participar de tais atos, principalmente se as normas internacionais tratarem de direitos humanos<sup>77</sup>.

A Constituição também tratou de forma tímida sobre a hierarquia que os tratados internacionais teriam na ordem interna, inclusive com a adoção de normas com abrangência de interpretação quanto à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos.

### 1.2.1. Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos

Os direitos humanos<sup>78</sup> são diretrizes imprescindíveis para a proteção da dignidade da pessoa humana, possuindo, nos diferentes âmbitos de atuação, sua fonte de validade e aplicação<sup>79</sup>.

---

<sup>76</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 549, de 1º a 5 de junho de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo549.htm>. Acesso em 26 ago 2013.

<sup>77</sup> *Idem*.

<sup>78</sup> A doutrina emprega de forma acrítica as expressões: direitos fundamentais, direitos do homem, liberdades públicas, direitos inatos, direitos naturais, direitos individuais, direitos públicos subjetivos e várias outras para designar todas as relações tendentes a proteção dos direitos do homem. No plano internacional fala-se em três

Nas palavras de Alexandre de Moraes<sup>80</sup> os direitos humanos consistem num “conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito e a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana”.

Nesta toa os direitos humanos são diretrizes que consagram todas as vertentes formadoras da ordem jurídica interna e internacional irradiando seu sentido às demais normas e à atividade estatal. Logo, os direitos humanos precedem como freio ao poder do Estado, limitando sua atuação pelos postulados da dignidade humana e também representam o norte a ser alcançado pelo Estado como um de seus fundamentos primordiais<sup>81</sup>.

Desta maneira, tanto os direitos sociais, econômicos e culturais, como os direitos civis e políticos, demandam do Estado prestações positivas e negativas, sendo equivocada e simplista a visão de que os direitos sociais, econômicos e culturais só demandariam prestações positivas, enquanto os direitos civis e políticos demandariam prestações negativas, ou a mera abstenção estatal<sup>82</sup>.

Ocorre que os direitos fundamentais, nas palavras de Fabio Konder Comparato, não foram adquiridos de forma completa, com todo seu grau de amplitude ou tampouco objetivaram de forma absoluta todos os direitos, mas foram antes, processos de reivindicações para reconhecer o ser humano como o centro do direito, onde as normas observariam o direito individual<sup>83</sup>.

A proteção dos direitos do homem se projeta em dois planos distintos: o interno, efetivado por meio do sistema normativo estatal, e o internacional, que se promove por meio de seus atos e fontes, desdobrando-se hoje entre o sistema global e os sistemas regionais (o Sistema Europeu, o Sistema Interamericano, o Sistema Africano e o Sistema Árabe) de proteção da pessoa humana.

---

planos de proteção da pessoa: os direitos humanos, o direito humanitário e o direito dos refugiados. No direito interno fala-se em direitos fundamentais. Todas essas distinções objetivam tratar das formas de proteção da pessoa humana enquanto direitos principais e que, afastando a estudada relação separada entre o direito interno e o internacional, em todos os casos a primazia permanece na proteção do indivíduo, razão que este trabalho adota a nomenclatura de direitos humanos englobando todos os preceitos citados. JUNIOR, André Puccinelli. **Curso de Direito Constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012., p. 191.

<sup>79</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 515.

<sup>80</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 1998, p. 39.

<sup>81</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 243.

<sup>82</sup> *Idem*, p. 244.

<sup>83</sup> COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 13.

Nas relações internacionais e nos sistemas de proteção a promoção normativa dos direitos humanos é normalmente promovida por meio de tratados internacionais. Logo, entende-se por tratado internacional de direitos humanos aqueles acordos internacionais ou vontades interestatais que tratam da defesa dos direitos da dignidade da pessoa humana.

A atuação destes sistemas na proteção da pessoa humana representa hoje uma das formas de maior produção de normas internacionais de proteção dos direitos humanos, promovida normalmente por meio de tratados internacionais<sup>84</sup>.

Assim os tratados internacionais de direitos humanos, diferentemente dos tratados internacionais “comuns”, ante a feição protetiva da pessoa humana, normalmente são regulamentados com status diferenciado nos ordenamentos jurídicos internos estatais, pois vige o domínio de proteção aberto a uma interação eficaz<sup>85</sup>.

Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já apontou o caráter especial desses tratados:

La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mútuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción<sup>86</sup>.

A internalização dos tratados internacionais de direitos humanos é promovido de forma diferenciada nos diversos ordenamentos, pois, obriga o estado a mover a máquina estatal em sua promoção, não podendo o direito interno e o internacional serem vistos de forma estanque e separada, mas sim como complementariedade de um para outro, voltados sempre à proteção humana<sup>87</sup>.

---

<sup>84</sup> Relembre que o termo “tratado” engloba toda forma de manifestação formal de acordos internacionais, sejam eles bilaterais ou multilaterais. Assim os Pactos, as Convenções, as Cartas internacionais ou outras nomenclaturas dadas, representam todos tratados internacionais de direitos humanos.

<sup>85</sup> TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de Direito internacional de Direitos Humanos**. Vol I, 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 41.

<sup>86</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC 02/82. O efeito das reservas sobre a entrada em vigência da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/opiniones-consultivas>. Acesso em: 20 dez 2013.

<sup>87</sup> TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de Direito internacional de Direitos Humanos**. *Op. Cit.*, p. 42.

### 1.3. A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNO E O INTERNACIONAL

A relação existente entre o direito internacional e o direito interno sempre foi motivo de acaloradas discussões. Dentre essas discussões surgiram duas principais doutrinas que tentaram explicar a relação existente entre as normas produzidas no plano internacional com aquelas produzidas pelo direito doméstico: o dualismo, que teve como principal defensor Heinrich Triepel, e o monismo, encabeçado por Hans Kelsen.

O dualismo entende que os dois sistemas (interno e internacional), por possuírem fontes distintas, não poderiam se relacionar, vez que num caso as relações ocorrem entre estados, dependendo da vontade comum entre eles, e noutra as relações ocorrem entre indivíduos, bastando a vontade unilateral do estado<sup>88</sup>.

Os monistas partem da premissa que o direito doméstico e o direito internacional são constitutivos do mesmo ordenamento jurídico, entendendo seus seguidores que há uma convivência entre os dois planos, optando uns pela primazia do sistema interno, outros pela prevalência do direito internacional.

Essas teorias começaram a ser desenvolvidas no final do século XIX e alcançam seu ápice no período entre guerras, no embate constante entre as concepções de Triepel e Kelsen.

Na concepção de Estevão Ferreira Couto, a teoria de Triepel pregando a separação entre os sistemas (as vezes chamada de pluralista pelo adoção de tantos sistemas quanto existirem ordens), está suplantada na tentativa de preservação da autonomia decisória dos estados que viram sua soberania decrescer com o mundo globalizado, interdependente e capaz de formular normas e conceber organizações<sup>89</sup>.

A doutrina dualista entende que as fontes de cada um dos direitos são diversas, sendo que as normas decorrentes do direito internacional derivam de um entendimento comum entre os Estados, enquanto que no direito interno prevalece a vontade de um único Estado e que tal vontade muda ou suspende as normas conforme sua decisão, não produzindo efeitos a terceiros estados<sup>90</sup>.

---

<sup>88</sup> CASELA, Paulo Borba, ACCIOLY, Hildebrando e NASCIMENTO E SILVA, G. E. do. **Manual de Direito Internacional Público**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 237.

<sup>89</sup> COUTO, Estevão Ferreira. **A Relação entre o Interno e o Internacional**: Concepções cambiantes de soberania, doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 8)

<sup>90</sup> BOSON, Gerson de Britto Mello. **Constitucionalização do Direito internacional: Internacionalização do direito constitucional** – direito constitucional internacional brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 146.

Compreendem os pensadores da doutrina dualista que as normas só produzem eficácia no âmbito de sua criação. Logo, as normas internacionais somente produzem efeitos neste meio, enquanto as normas domésticas permanecem no plano estatal<sup>91</sup>.

Para os pluralistas, como as normas internacionais procuram regular as relações entre os estados e se formam da vontade conjunta deles, enquanto que o direito interno regula as relações do estado com os particulares, e dos particulares entre si, impondo-se num caráter de subordinação, há nítida separação entre os sistemas, pois suas fontes, destinatários e obrigações são diferentes em si<sup>92</sup>.

Os dualistas entendem que não há conflito algum entre o ordenamento jurídico interno e o direito internacional, pois sequer há relação entre os ordenamentos jurídicos senão pela simples observância dos fatos presentes em cada um. A norma de direito internacional somente ingressa no ordenamento jurídico interno se este incorporá-la como uma de suas normas<sup>93</sup>.

A teoria formada por Triepel não entende pela existência de somente dois ordenamentos jurídicos, mas sim pela existência de um campo pluralista onde vários ordenamentos podem existir, sendo todos independentes, com fundamentos de validade e destinatários diferentes<sup>94</sup>. O direito internacional e o direito interno são duas formas distintas de sistemas que coexistem em estreito contato, mas que jamais se sobrepõem<sup>95</sup>.

A teoria dualista foi formada ao final do século XIX, seguindo o entendimento de uma soberania intangível que cada estado possuía. Com o desenrolar histórico dos grandes conflitos armados, o mundo vivencia quadros de horror e barbaridade contra o ser humano, promovidos pela ação do estado nazista e desenvolve um novo pensamento nos Estados: a necessidade de cooperação entre eles para impedir que novos desrespeitos a pessoa humana fossem perpetrados.

O avanço do tempo demonstrou que as normas que concebiam o direito internacional como regras de coexistência entre os estados, possuindo somente eles a condição de sujeitos das relações internacionais, não poderiam perdurar pelos anseios do direito internacional pós-

<sup>91</sup> BOSON, Gerson de Britto Mello. **Constitucionalização do Direito internacional: Internacionalização do direito constitucional** – direito constitucional internacional brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 147.

<sup>92</sup> TRIEPEL, Karl Henrich. **Droit International et Droit Interne**. Paris: A. Pédone Editor, 1920, p. 13-18.

<sup>93</sup> MARIAN, Brindusa. **The Dualist and Monist Theories: International law's comprehension of these theories**. Disponível em: [http://www.researchgate.net/publication/23954651\\_The\\_Dualist\\_and\\_Monist\\_Theories\\_International\\_Laws\\_Comprehension\\_of\\_these\\_Theories](http://www.researchgate.net/publication/23954651_The_Dualist_and_Monist_Theories_International_Laws_Comprehension_of_these_Theories). Acesso em: 31 jul 2013.

<sup>94</sup> ARIOSI, Mariangela de F. **As relações entre o Direito internacional e o Direito Interno**. Revista Juridica Virtual, vol. 6, n. 63, agosto/2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_63/Artigos/Art\\_Mariangela.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_63/Artigos/Art_Mariangela.htm) Acesso em: 31 jul 2013.

<sup>95</sup> TRIEPEL, Karl Henrich. *Op. Cit.*, p. 17.

moderno, suplantado pela defesa dos direitos humanos e pelos problemas surgidos com a nova era, que requeriam a cooperação entre os Estados tendentes inclusive a integração, nos casos específicos de coesão econômica e de compartilhamento de valores<sup>96</sup>.

Com a importância crescente das relações internacionais é que o monismo encontrou uma grande aceitação entre os juristas, pois a teoria entende, de forma simplificada, que não há ordenamentos distintos e sim um único ordenamento jurídico, que por vezes prioriza um ou outro sistema jurídico<sup>97</sup>.

Um dos maiores defensores da teoria monista foi o alemão Hans Kelsen. O jurista compreendia que

Apenas existe uma unidade cognoscitiva de todo o Direito, o que significa que podemos conceber o conjunto formado pelo Direito internacional e as ordens jurídicas nacionais como um sistema unitário de normas - justamente como estamos acostumados a considerar como uma unidade a ordem jurídica do Estado singular<sup>98</sup>.

Demonstra ele que não há um conflito entre as normas do Direito internacional com o Direito doméstico pois mesmo que exista um aparente conflito entre um e outro conflito, não haveria, em decorrência de tal embate, a anulação de qualquer um dos sistemas<sup>99</sup>.

O Autor aplica o monismo, com primazia pelas normas internacionais, para expressar a crença na existência de um direito supremo, autossuficiente e com capacidade de evolução para responder as transformações sociais<sup>100</sup>. De acordo com Humberto Henderson,

Con la adopción de un sistema monista, ambos ordenamientos jurídicos, el interno y el internacional, se interconectan y se constituyen en un único sistema jurídico estrechamente relacionado, donde los tratados internacionales se incorporan de forma automática luego de haber sido ratificados soberanamente por los Estados, y por ende, también se constituyen en normas de aplicación inmediata para los tribunales nacionales.<sup>101</sup>

<sup>96</sup> CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito internacional Público**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.. 67.

<sup>97</sup> ARIOSI, Mariangela de F. As relações entre o Direito internacional e o Direito Interno. Revista Jurídica Virtual, vol. 6, n. 63, agosto/2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_63/Artigos/Art\\_Mariangela.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_63/Artigos/Art_Mariangela.htm) Acesso em: 31 jul 2013.

<sup>98</sup> KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 231.

<sup>99</sup> *Idem*, p. 230-231.

<sup>100</sup> COUTO, Estevão Ferreira. **A Relação entre o Interno e o Internacional**: Concepções cambiantes de soberania, doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 8..

<sup>101</sup> HENDERSON, Humberto. **Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine**. Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/La%20importancia%20del%20princ%C3%ADpio%20pro%20homine.pdf>

As diferenças entre as duas teorias fica evidente quando se avalia a hierarquia entre as normas internas e internacionais. Aos dualistas sequer é cogitada a existência de hierarquia, vez que sendo as ordens jurídicas distintas, elas não poderiam situar-se no mesmo plano de atuação<sup>102</sup>.

De outro turno, os monistas entendem pela hierarquia de uma norma sobre a outra, dividindo a teoria em dois pontos: aqueles que colocam a norma internacional como ponto maior e outros que aceitam o direito interno como prevalente<sup>103</sup>.

Para alguns doutrinadores, as normas internacionais possuem supremacia sob todas as outras normas do estado inclusive sobre a Constituição. Defendem tal concepção juristas como Celso Duvivier de Albuquerque Mello, Vicente Marotta Rangel, André Gonçalves Pereira, Fausto de Quadros e Hildebrando Accioly.

Para Celso Duvivier Albuquerque Mello se o estado ingressa em uma organização internacional de proteção da pessoa humana, então ele cria uma limitação a sua soberania inclusive no sentido de observar os atos e as decisões que dela sejam emanadas. Assim, nas linhas do Autor, “devido a sua natureza especial as normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos [DIDH] se sobrepõem ao direito interno, inclusive sobre as normas constitucionais”<sup>104</sup>.

Já Hildebrando Accioly discorre que o direito internacional é superior ao estado e supremo perante sua ordem interna, por que deriva de um princípio superior à vontade do Estado numa limitação a soberania que esse possui. Para ele o direito internacional é superior à ordem jurídica interna, já que nessa a lei anterior é revogada por uma nova lei ou um tratado, enquanto que a obrigação internacional permanece intacta mesmo na mudança constitucional<sup>105</sup>.

André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros consideram a supranacionalidade do direito coletivo somente em relação aos direitos humanos, enquanto que os demais tratados de

<sup>102</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Rezende. SILVA, Lucas Sávio Oliveira da. **O Sistema Brasileiro de Incorporação de Tratados e a Eficácia do Direito internacional**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, n. 58, Belo Horizonte, jan/jun 2011, p. 15.

<sup>103</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Rezende. SILVA, Lucas Sávio Oliveira da. **O Sistema Brasileiro de Incorporação de Tratados e a Eficácia do Direito internacional**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, n. 58, Belo Horizonte, jan/jun 2011, p. 15.

<sup>104</sup> MELLO, Celso Duvivier Albuquerque. **Curso de Direito internacional Público**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 98 e 794.

<sup>105</sup> CASELA, Paulo Borba, ACCIOLY, Hildebrando e NASCIMENTO E SILVA, G. E. do. **Manual de Direito internacional Público**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 5-6.

direito internacional “cedem perante a constituição, mas tem valor supralegal, isto é, prevalecem sobre a lei interna, anterior e posterior”<sup>106</sup>.

Outra teoria entende que os tratados internacionais ingressam na ordem com status constitucional, notadamente os tratados internacionais de direitos humanos. Antonio Augusto Cançado Trindade, Flávia Piovesan e Valério de Oliveira Mazzuoli defendem a constitucionalidade dos tratados de direitos humanos.

Para Antonio Augusto Cançado Trindade os tratados internacionais de direitos humanos conçoam tratamento diferenciado tanto na ordem internacional quanto na ordem constitucional, razão que a Constituição Brasileira, por meio dos parágrafos 1º e 2º do art. 5º, equiparam referidos tratados com os direitos fundamentais elencados no indigitado artigo, integrando de forma direta e com exigibilidade imediata (antes mesmo do crivo legislativo), no plano do ordenamento jurídico interno<sup>107</sup>.

Flávia Piovesan, na hierarquia constitucionalista dos tratados de direitos humanos, endossa a tese da seguinte forma:

[...] sustenta-se que hierarquia constitucional já se extrai de interpretação conferida ao próprio art. 5º, §2º, da Constituição de 1988. Vale dizer, seria mais adequado que a redação do aludido §3º do art. 5º endossasse a hierarquia formalmente constitucional de todos os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados, afirmando – tal como o fez o texto argentino – que os tratados internacionais de proteção de direitos humanos ratificados pelo estado brasileiro têm hierarquia constitucional<sup>108</sup>.

Valério de Oliveira Mazzuoli contempla a hierarquia magna dos tratados de direitos humanos por sua materialidade que se situa no bloco de constitucionalidade da vontade política<sup>109</sup>.

A terceira teoria defende uma hierarquia intermediária dos tratados internacionais, posicionando-os abaixo da Constituição, mas acima das leis. Aos que partilham dessa tese a supremacia constitucional é inalterável e os tratados devem se submeter as suas diretrizes, não ocorrendo tal subordinação em relação às demais normas. Este é o posicionamento tomado recentemente pelo STF, no julgamento conjunto dos recursos extraordinários n. 349.703/RS e

<sup>106</sup> PEREIRA, André Gonçalves. QUADROS, Fausto de. **Manual de direito internacional público**. 3ª ed.. São Paulo: Editora Almedina, 2007, p. 117-121.

<sup>107</sup> TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de Direito internacional de Direitos Humanos**. Vol III, 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 622

<sup>108</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p 108.

<sup>109</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Internacional Público: Parte Geral**. 6ª ed. ver. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 97.

466.343/ e o habeas corpus n. 87.585/TO, para os tratados de proteção humana adotados antes da EC 45/04, numa posição de supralegalidade do direito das gentes.

A quarta e última doutrina defende a paridade hierárquica entre as leis ordinárias e os tratados internacionais, podendo um revogar o outro quando nova norma contrariar o texto anterior. Para esses seguidores, ao serem incorporados na ordem jurídica interna os tratados podem ser revogados por uma lei interna posterior que lhe seja contrário, causando indiferença ao direito internacional, vez que autoriza o Estado signatário a violar dispositivos da ordem internacional que se comprometeu a cumprir de boa-fé.

Críticas são tecidas sobre a tese de paridade ordinária por não observar os preceitos do direito internacional segundo os quais um estado não pode invocar uma norma doméstica para se afastar do cumprimento de um tratado, nos preceitos entabulados pelo art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados<sup>110</sup>.

No caso brasileiro as concepções da relação interna e internacional se mostraram divergentes entre doutrinadores e jurisprudência, principalmente na avaliação ante a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos, assentando alguns na prevalência do monismo, ora com vocação para o direito interno, ora com tendência ao direito internacional<sup>111</sup>, enquanto outros na defesa do sistema dualista<sup>112</sup>.

No início do Supremo Tribunal Federal<sup>113</sup> a jurisprudência sobre a hierarquia dos tratados, independente se gerais ou de direitos humanos, estava sedimentada no entendimento de que possuíam hierarquia superior às leis ordinárias, e inferioridade à Constituição. Anteriormente a 1977, a posição adotada pendia para a primazia do direito internacional, como no julgado da remota Ação de Extradicação<sup>o</sup> 7, Rel. Min. Canuto Saraiva, ocorrido em 7

<sup>110</sup> Prevê o art. 27: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46”. BRASIL. Decreto n° 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm). Acesso em: 20 dez 2013.

<sup>111</sup> É exemplo da prevalência do direito interno o Recurso Extraordinário n. 80.004. Já para a prevalência do direito internacional é o julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343. Estas decisões emblemáticas serão discutidas posteriormente, indicando, inclusive, a tendência dos ministros julgadores para as teorias em comento.

<sup>112</sup> Como defensores do sistema dualista temos por exemplo o julgado da Carta Rogatória n. 8.279/AT-Argentina, de 4 de maio de 1998, de Relatoria do Ministro Celso de Melo, que assim se manifestou: “Sob tal perspectiva, o sistema constitucional brasileiro - que não exige a edição de lei para efeito de incorporação do ato internacional ao direito interno (visão dualista extremada) - satisfaz-se, para efeito de executoriedade doméstica dos tratados internacionais, com a adoção de *iterprocedimental* que compreende a aprovação congressional e a promulgação executiva do texto convencional (visão dualista moderada)”. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/clientes/dai/dai/teste>. Acesso em 20 mai 2013.

<sup>113</sup> A denominação “Supremo Tribunal Federal” foi adotada na Constituição Provisória publicada com o Decreto n.º 510, de 22 de junho de 1890, e repetiu-se no Decreto n.º 848, de 11 de outubro do mesmo ano, que organizou a Justiça Federal, mantendo-se até os dias atuais, salvo entre os anos de 1934 a 1937 que foi denominado de “Corte Suprema”. Antes, porém a Corte teve o nome de Tribunal da Relação (1587 – 1808); Casa da Suplicação do Brasil (1808 – 1824) e Supremo Tribunal de Justiça (1824 – 1890). História da Corte disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>. Acesso em 28 ago 2013.

de janeiro de 1914<sup>114</sup> e, posteriormente, sob a égide da Constituição de 1937, no julgamento da Apelação Cível n. 7.872/RS, Rel. Min. Philadelpho de Azevedo, de 11 de outubro de 1943<sup>115</sup> e também no julgado da Apelação Cível n.º 9.587, de 1951, Rel. Min. Orosimbo Nonato<sup>116</sup>.

### 1.3.1. O Recurso Extraordinário 80.004/77

Com o julgamento do recurso extraordinário n. 80.004/77<sup>117</sup> o STF mudou seu entendimento, equiparando as normas internacionais com as normas infraconstitucionais, estando as regras internacionais, *i. e.* os tratados, sujeitos a revogação por lei posterior, demonstrando, assim, vocação para a primazia do direito interno<sup>118</sup>.

O julgado do recurso citado demonstrou a forte discussão existente sobre as teorias monista e dualista bem como a influência da teoria positivista para interpretar qual hierarquia teriam os tratados internacionais, vez que a lide referia-se ao conflito entre o decreto-lei n. 427/69 (lei uniforme sobre letras de cambio e notas promissórias) que exigia às letras de cambio o registro em repartição fazendária para sua validade, e as Convenções de Genebra, de sete de junho de 1930, que não incluíam em seu rol tal obrigação e foram aprovadas no ordenamento pátrio pela Lei Uniforme sobre Letras de Cambio e Notas Promissórias, decreto-legislativo n. 54-64, e promulgadas pelo decreto executivo n. 57.663-60.

O Ministro Xavier de Albuquerque, relator do recurso, entendeu que existia primazia do direito interno sobre o internacional, sendo nulo o decreto-lei que contrariou as normas previstas nas Convenções. Para ele as relações internas e internacionais existem de maneira única, detendo o direito das gentes prevalência por que suas normas somente podem ser revogadas por sua denúncia<sup>119</sup>.

<sup>114</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Extradicação n. 1.085. Caso Cesare Batisti. 16 dez 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ext1085GM.pdf>. Acesso em: 12 jan 2014.

<sup>115</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343. Relator Min. Cezar Peluso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em 29 ago 2013.

<sup>116</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343. Relator Min. Cezar Peluso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em 29 ago 2013

<sup>117</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 80.004/SE. Relator Min. Xavier de Albuquerque, 1978. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>. Acesso em 26 ago 2013.

<sup>118</sup> CASELA, Paulo Borba, ACCIOLY, Hildebrando e NASCIMENTO E SILVA, G. E. do, p. 241-243.

<sup>119</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 80.004/SE. Relator Min. Xavier de Albuquerque, 1978. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>. Acesso em 26 ago 2013.

De forma contrária o Ministro Cunha Peixoto, em seu voto vista, entendeu que haveria separação entre os tratados e a lei interna, já que “tratado não é lei, é ato internacional”, não sendo admissível que “um só ato, ao mesmo tempo, possa ser tratado e ato legislativo ordinário”<sup>120</sup>. O Ministro salientou ainda que o decreto-legislativo n. 54-64, que aprovou a Convenção no Congresso Nacional cumpriu,

todas as formalidades constitucionais para a adoção da Convenção de Genebra, isto é, para sua conversão em lei [...]. Portanto o Congresso não transformou a Lei Uniforme em direito positivo brasileiro, já que, como está expresso no decreto, ficou aprovada a convenção para adoção da lei uniforme no Brasil, e não a sua vigência<sup>121</sup>.

Aproximando-se da teoria positivista, notadamente quanto a validade da norma jurídica, o Ministro complementou seu voto indicando que o processo formal dos tratados internacionais, para ter validade, segue o mesmo rito das leis ordinárias, razão pela qual aqueles se impõe no mesmo nível hierárquico desses. Falou o Ministro que se a Convenção de Genebra ingressou no ordenamento brasileiro então esta norma “pode ser modificada ou revogada, como qualquer outro diploma legal. Do contrário, transformar-se-ia qualquer lei que procedesse de algum tratado em super lei, em situação superior à própria Constituição Brasileira”<sup>122</sup>.

O Ministro Cunha Peixoto seguiu a interpretação de hierarquia ordinária dos tratados que seguiriam a mesma formalidade prescrita pela Carta Magna às normas internas, vez que “a lei fonte do direito é uma emanção estatal, pressupondo órgãos competentes para ditá-la, em conformidade com a lei constitucional. E é na Constituição que vai se encontrar a forma legal, o rito da formação da lei”<sup>123</sup>.

Em outro momento de seu voto, o Ministro é específico em apontar que na relação interna e internacional deveria preponderar a teoria dualista:

---

<sup>120</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 80.004/SE. Relator Min. Xavier de Albuquerque, 1978. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>. Acesso em 26 ago 2013.

<sup>121</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 80.004/SE. Relator Min. Xavier de Albuquerque, 1978. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>. Acesso em 26 ago 2013.

<sup>122</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 80.004/SE. Relator Min. Xavier de Albuquerque, 1978. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>. Acesso em 26 ago 2013.

<sup>123</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 80.004/SE. Relator Min. Xavier de Albuquerque, 1978. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>. Acesso em 26 ago 2013.

Duas são as correntes que situam os tratados internacionais em face do direito positivo dos países que o firmaram. A monista, cujo precursor é Kelsen, que entende produzir a ratificação dos tratados efeitos concomitantes no direito internacional e interno, e a dualista sustentada, principalmente, por Triepel, que proclama ser necessária a tramitação de projeto de lei especial, moldado nos termos da convenção internacional. [...]. E esta última doutrina é a verdadeira: tratado não é lei; é ato internacional, que obriga o povo considerado em bloco; que obriga o governo na ordem externa, e não o povo na ordem interna. Não é admissível que um só ato, ao mesmo tempo, possa ser tratado e ato legislativo ordinário; nem se concebe que um tratado normativo se converta em ato legislativo (lei ou decreto), formas jurídicas inconfundíveis e inconversíveis, cada qual com sua esfera própria de ação. O tratado explana relações entre governantes (horizontais, sendo as pessoas coordenadas), enquanto que a lei e o decreto explicam relações do governo com seus súditos (verticais, entre subordinante e subordinados)<sup>124</sup>.

O Ministro Cordeiro Guerra divergindo, em certo aspecto, dos dois votos anteriores, entendeu que a relação entre os ordenamentos interno e internacional é unitária, logo tendente a teoria monista, mas que há primazia da ordem interna, ingressando as normas internacionais na mesma hierarquia ordinária<sup>125</sup>.

Para o Ministro, a vontade estatal, no plano internacional, não teria “o efeito de impedir o livre exercício da soberania nacional, isto é, de obstar a elaboração legislativa interna, ainda que modificando ou alterando o texto da Convenção vigente entre nós” e por isso a promulgação dá ao tratado força de lei e não força constitucional<sup>126</sup>.

Ao fundamentar seu voto o Ministro Cordeiro Guerra cita o entendimento dualista de Triepel, separando as ordens interna e internacional, e determinando que no conflito entre o direito doméstico e o externo “a Justiça está vinculada à observância da lei interna, pois é órgão de uma ordem jurídica que lhe prescreve a obrigação de aplicar as normas editadas na conformidade do direito próprio ao sistema estatal”<sup>127</sup>. Assim a incorporação de uma lei, mesmo quando autorizada pela Constituição, teria posição equânime às leis ordinárias.

Ao Ministro Leitão de Abreu para solução da lide caberia a aplicação da jurisprudência norte americana formada à época, em que o tratado internacional possui mesmo status que as leis ordinárias internas, repousando o caso somente na investigação se lei

<sup>124</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 80.004/SE. Relator Min. Xavier de Albuquerque, 1978. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>. Acesso em 26 ago 2013.

<sup>125</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 80.004/SE. Relator Min. Xavier de Albuquerque, 1978. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>. Acesso em 26 ago 2013.

<sup>126</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 80.004/SE. Relator Min. Xavier de Albuquerque, 1978. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>. Acesso em 26 ago 2013.

<sup>127</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 80.004/SE. Relator Min. Xavier de Albuquerque, 1978. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>. Acesso em 26 ago 2013.

posterior revogava tratado anterior a ela no que fosse contrário, isto é, se aos tratado também se aplicaria o princípio *lex posteriori derogat priori*<sup>128</sup>.

Concluiu o Ministro que as leis posteriores não revogam tratado anterior, porquanto a aplicação de um tratado no ordenamento interno exige o comando constitucional, como é o caso do Brasil. Logo para a extinção de uma norma internacional, por uma norma interna posterior, seria necessário uma orientação de mesmo grau constitucional. Em contra turno, esclarece o Ministro, que uma nova lei, contrária a um tratado, deve ser observada pelos tribunais internos sem que isto cause revogabilidade do tratado internacional<sup>129</sup>.

Na opinião do Ministro Leitão de Abreu,

Conquanto não revogado pela lei, que o contradiga, a incidência das normas jurídicas constantes do tratado é obstada pela aplicação, que os tribunais são obrigados a fazer, das normas legais com aqueles conflitantes. Logo, a lei posterior, em tal caso, não revoga, em sentido técnico, o tratado, senão que lhe afasta a aplicação. A diferença está em que, se a lei revogasse o tratado, este não voltaria a aplicar-se, na parte revogada, pela revogação pura e simples da lei dita revogatória. Mas como, a meu juízo, a lei não o revoga, mas simplesmente afasta, enquanto em vigor, as normas do tratado com ela incompatíveis, voltará ele a aplicar-se, se revogada a lei que impediu a aplicação das prescrições nele consubstanciadas<sup>130</sup>.

Continuando a votação, o Ministro Rodrigues Alckmin proferiu seu voto entendendo que o direito constitucional brasileiro optou pela teoria monista com predominância do direito interno, sendo que o tratado ingressaria na mesma hierarquia das demais normas infraconstitucionais e, assim, lei interna posterior teria o condão de revogar, no âmbito doméstico, os tratados internacionais<sup>131</sup>.

De mesmo modo entendeu o Ministro Antonio Neder quanto a solução monista com primazia ao direito pátrio mas, compreendendo que no caso em apreço não existia

<sup>128</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 80.004/SE. Relator Min. Xavier de Albuquerque, 1978. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>. Acesso em 26 ago 2013.

<sup>129</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 80.004/SE. Relator Min. Xavier de Albuquerque, 1978. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>. Acesso em 26 ago 2013.

<sup>130</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 80.004/SE. Relator Min. Xavier de Albuquerque, 1978. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>. Acesso em 26 ago 2013.

<sup>131</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 80.004/SE. Relator Min. Xavier de Albuquerque, 1978. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>. Acesso em 26 ago 2013.

incompatibilidade entre o tratado e a norma interna, ambas teriam vigência no ordenamento jurídico doméstico<sup>132</sup>.

O Ministro Carlos Thompson Flores, não divergindo muito de seus colegas anteriores, resumiu a controvérsia em saber qual norma prevaleceria, se o tratado internacional ou a lei interna. Assentou ele que ambas as normas possuem mesma hierarquia jurídica havendo entre elas a existência de derrogabilidade da norma posterior<sup>133</sup>.

Ao final o Ministro Eloy da Rocha proferiu seu voto com nítida vocação a primazia do direito internacional, afirmando que “lei ordinária não pode revogar norma constante das mesmas convenções”, mas, assim como o Ministro Antonio Neder, não havia entre as Convenções e o decreto legislativo qualquer antinomia<sup>134</sup>.

Por maioria de votos o Supremo Tribunal Federal entendeu que os tratados internacionais possuíam mesma hierarquia que as leis ordinárias, podendo ser revogados por norma interna posterior que lhes fossem contrários.

Referido posicionamento permaneceu até os últimos dias<sup>135</sup> sendo aclamado por muitos a alteração, principalmente constitucional capaz de inserir o Brasil na ordem mundial contemporânea. Para Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros:

O silêncio da Constituição brasileira sobre a matéria favoreceu interpretação jurisprudencial de que os tratados recepcionados na ordem jurídica interna têm hierarquia idêntica à da legislação infraconstitucional, submetidos, por conseguinte, ao princípio da *lex posterior derogat priori*. Essa interpretação, consubstanciada no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do recurso extraordinário n.º 80.004, de 1977, tem causado dificuldades para a inserção do Brasil no cenário internacional contemporâneo. A Constituição precisa ser emendada para dispor que os tratados

<sup>132</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 80.004/SE. Relator Min. Xavier de Albuquerque, 1978. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>. Acesso em 26 ago 2013.

<sup>133</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 80.004/SE. Relator Min. Xavier de Albuquerque, 1978. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>. Acesso em 26 ago 2013.

<sup>134</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 80.004/SE. Relator Min. Xavier de Albuquerque, 1978. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>. Acesso em 26 ago 2013.

<sup>135</sup> O STF, aliás, reforçou seu posicionamento, após a vigência da Constituição de 1988, no julgamento do HC 72.131-RJ (publicado em 22 de novembro de 1995) entendendo que: “inexiste, na perspectiva do modelo constitucional vigente no Brasil, qualquer precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno, sobretudo em face das cláusulas inscritas no texto da Constituição da República, eis que a ordem normativa externa não se superpõe, em hipótese alguma, ao que prescreve a Lei Fundamental da República.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 72.131-RJ, Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>. Acessado em 10 fev 2013. Ver também os seguintes julgados que mantêm o mesmo entendimento: ADI-MC n.º 1.480/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18.5.2001; HC n.º 79.870/SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 20.10.2000; HC n.º 77.053/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa; DJ 4.9.1998; RE n.º 206.482/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 5.9.2003; RHC n.º 80.035/SC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.8.2001.

internacionais de que o Brasil seja parte integram o ordenamento jurídico pátrio e suas normas prevalecem sobre as leis<sup>136</sup>.

Assim no início do século XXI a matéria sofreu alteração substancial no ordenamento pátrio com a nova feição dada à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, principalmente com o advento da Emenda Constitucional (EC) n. 45/2004 que adicionou novo parágrafo (§ 3º) ao art. 5º da Constituição, dimensionando os tratados e convenções internacionais de direitos humanos no mesmo status das normas constitucionais.

1.3.2. A Emenda Constitucional n. 45/04 e os Recursos Extraordinários n. 349.703/RS e 466.343 e o Habeas Corpus n. 87.585/TO

A emenda constitucional n. 45 de 2004 acrescentou o §3º ao art. 5º da Constituição trazendo consigo uma nova sistemática para inclusão dos tratados internacionais de direitos humanos, por meio da processualística das emendas constitucionais, tornando tais tratados, conforme o texto constitucional, equivalentes a elas<sup>137</sup>.

A emenda constitucional, ao invés de encerrar a discussão sobre a hierarquia dos tratados, trouxe mais polêmica ao torná-los equivalentes as emendas constitucionais.

A interpretação de parte da doutrina acerca da hierarquia dos tratados de direitos humanos antes da vigência da EC 45/04, diferente da interpretação jurisprudencial do STF, era pela prevalência do direito internacional acima das normas ordinárias.

A eles a regra contida no §2º do art. 5º da Constituição, que não excluía outros direitos e garantias fundamentais presentes em tratados internacionais, era uma cláusula de aceitação das normas internacionais em um nível superior as leis ordinárias. Prevê o 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>138</sup>.

Flávia Piovesan, por exemplo, sustentava que "a Carta de 1988, está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados

<sup>136</sup> MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. Atualização do Direito dos Tratados. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. (Org.). **Desafios do direito internacional contemporâneo**. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2007. p.205.

<sup>137</sup> O Brasil já possui um tratado em voga com esta característica constitucional, que é a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, que foram aceitos pelo decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm). Acesso em: 14 fev. 2013.

<sup>138</sup> BRASIL. Constituição Federal. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm#adct](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#adct). Acesso em: 19 ago 2013.

internacionais em que o Brasil seja parte”, e que por meio de uma interpretação de todo o sistema constitucional – principalmente pelas normas dos arts. 3º e 4º<sup>139</sup> -, juntamente com a finalidade principiológica dos direitos humanos como vetores de toda a ordem constitucional, que os tratados de direitos humanos possuiriam preeminência no ordenamento jurídico<sup>140</sup>.

A discussão sobre o §2º permanecia sobre a equiparação constitucional dos tratados incluídos por tal regra. Normalmente, na concepção dos defensores dos direitos humanos, a exemplo de autores como Valério de Oliveira Mazzuoli, a norma constitucional aceita os tratados com *status* constitucional. O texto constitucional do §2º para tanto se mostra como uma verdadeira cláusula de abertura ao sistema internacional determinando que os tratados de direitos humanos sejam fontes constitucionais e possuem hierarquia constitucional<sup>141</sup>.

Flávia Piovesan, na mesma sintonia, pondera dois argumentos a favor da hierarquia constitucional desses tratados: a inclusão pelo indigitado artigo e a natureza materialmente constitucional dos direitos humanos. Entende a autora que o reconhecimento explícito pela Constituição é a única solução, pois se se pensasse o contrário a previsão se tornaria sem sentido<sup>142</sup>.

Valério de Oliveira Mazzuoli segue a mesma linha de tais ponderações, acrescentando que a presença dos direitos humanos nos tratados não afasta o seu status constitucional ante a abertura presente no §2º do art. 5º<sup>143</sup>.

Também Antonio Augusto Cançado Trindade enfatiza o caráter constitucional dos direitos humanos presentes nos tratados, apontando que tais direitos e garantias equiparam-se efetivamente aos direitos protegidos no rol do art. 5º, pois a cláusula de abertura aponta que

<sup>139</sup>Dispõem os dois artigos: Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. 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. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações. BRASIL. Constituição Federal. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm#adct](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#adct). Acesso em: 19 ago 2013.

<sup>140</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 108.

<sup>141</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle de Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 36.

<sup>142</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 107-111.

<sup>143</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle de Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 37.

os direitos humanos presentes nessa norma não são taxativos, mas sim expansivos e inclusivos<sup>144</sup>.

O referido Autor discorre ainda que os tratados incorporados pela regra em estudo teriam aplicação imediata, conforme a interpretação do §1º do art. 5º<sup>145</sup> pois a Constituição entendeu “a especificidade e o caráter especial dos tratados de direitos humanos”<sup>146</sup>.

José Afonso da Silva também entende que há incorporação de normas internacionais de direitos humanos no ordenamento de forma automática, com natureza constitucional, pois o direito constitucional brasileiro classifica os direitos humanos “com base no critério de seu conteúdo, que, ao mesmo tempo, se refere à natureza do bem protegido e do objeto de tutela”, tendo assim fontes diversas que integram o texto constitucional de defesa fundamental da pessoa humana<sup>147</sup>.

Coaduna-se com os pensamentos esposados de que os direitos humanos presentes nos tratados internacionais, inseridos pela regra do §2º, possuem hierarquia constitucional por força material de tais direitos. A Constituição demonstrou que está aberta aos direitos humanos inseridos em outros instrumentos normativos, caracterizando sua feição principal de protetora dos direitos do homem.

A incorporação constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos torna-os paradigma para as normas infraconstitucionais que devem seguir seu comando. Esses tratados, enquanto materialmente constitucionais, deverão ser seguidos pelo Estado para promover os direitos humanos presentes como se estivessem perante uma norma constitucional formal.

Com o advento da Emenda Constitucional n. 45 de 2004 inclui-se o §3º ao art. 5º, aumentando as discussões em relação a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, ao determinar, *in verbis*, que: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”<sup>148</sup>.

<sup>144</sup> TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de Direito internacional de Direitos Humanos**. Vol III, 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 621-622.

<sup>145</sup> Reza o art. 5º, §1º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. BRASIL. Constituição Federal. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm#adct](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#adct). Acesso em: 19 ago 2013.

<sup>146</sup> TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de Direito internacional de Direitos Humanos**. Vol III, *Op. Cit.*, p. 622.

<sup>147</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 32. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 94

<sup>148</sup> BRASIL. Constituição Federal. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm#adct](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#adct). Acesso em: 19 ago 2013.

Conforme Flávia Piovesan, com o novo §3º os tratados internacionais de direitos humanos passaram a ter duas categorias: os tratados formal e materialmente constitucionais, inseridos pela nova regra processual, e os tratados materialmente constitucionais, que foram integrados no ordenamento jurídico pela processualística das leis ordinárias<sup>149</sup>.

O constituinte brasileiro, tentando extinguir as discussões sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos, ao inserir o §3º no art. 5º, e requerer a processualística das emendas constitucionais para a incorporação dos tratados com equivalência de norma constitucional, só aumentou os debates e as críticas.

Infelizmente, com este novo dispositivo, os tratados que antes poderiam ser incorporados automaticamente, seguindo a doutrina explanada, agora deveriam seguir a processualística do §3º, dificultando o ingresso de normas de direitos humanos na ordem jurídica nacional. O rito para recepção de um tratado com status de emenda constitucional necessitaria seguir esse novo dispositivo, devendo ser aprovado, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos de seus membros. Observa-se então que a incorporação na ordem jurídica interna de um direito humano derivado de um tratado internacional encontra obstáculos que antes não existiam.

Assim a emenda constitucional, antes aproximar a Constituição das normas internacionais de proteção do ser humano, criou entraves que outrora não existiam com a interpretação do indigitado §2º.

Antonio Augusto Cançado Trindade desabafa que,

Os triunfalistas da recente Emenda Constitucional 45/2004, não se dão conta de que, do prisma do direito internacional, um tratado ratificado por um Estado o vincula ipso jure, aplicando-se de imediato, que tenha ele previamente obtido aprovação parlamentar por maioria simples ou qualificada. Tais providências de ordem interna – ou, ainda menos, de *interna corporis*, - são simples fatos do ponto de vista do ordenamento jurídico internacional, inteiramente irrelevantes. A responsabilidade internacional do Estado por violações comprovadas de direitos humanos permanece intangível, independentemente dos malabarismos pseudo-jurídicos de certos publicistas (como a criação de distintas modalidades de prévia aprovação parlamentar de determinados tratados, a previsão de pré-requisitos para a aplicabilidade direta de tratados no direito interno, dentre outros), que nada mais fazem do que oferecer subterfúgios vazios aos Estados para tentar evadir-se de seus compromissos de proteção do ser humano no âmbito do contencioso internacional dos direitos humanos<sup>150</sup>.

<sup>149</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 107-113.

<sup>150</sup> CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Desafios e Conquistas do Direito internacional dos Direitos Humanos no Início do Século XXI. In CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antonio Paulo (org.). **Desafios do Direito Internacional Contemporâneo**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007, p. 209.

O legislador constituinte ao invés de reforçar a regra prevista no §2º distanciou-se de tal previsão, conduzindo para uma interpretação que diferencia os tratados que ingressaram na ordem interna antes da emenda daqueles que ingressam pela via da processualística de emendas constitucionais.

Essa discussão foi suscitada perante o Supremo Tribunal Federal ao julgar, no ano de 2008, em sessão conjunta os Recursos Extraordinários n. 349.703/RS e 466.343 e o Habeas Corpus n. 87.585/TO. Nos três casos a Corte estava avaliando o Pacto San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos – 1966) e seu conflito com a Constituição Federal e o decreto-lei n.º 911/69, notadamente sobre a possibilidade da prisão do alienante fiduciário aos moldes da exceção de prisão civil do depositário infiel detalhada no texto constitucional no art. 5º, inciso LXVII<sup>151</sup>.

No julgado do RE 466.343/SP, que foi o processo mestre para a condução dos demais processos, o voto do Relator Ministro Cezar Peluso dispensou a discussão entre a hierarquia do tratado e a lei ordinária, porque para ele o caso se resolvia na inaplicabilidade de interpretação constitucional extensiva em casos que sejam exceção a regra protetiva. Se a Constituição trata tão somente de prisão civil para o depositário infiel, a lei, aos arrepios da proteção constitucional, não poderia alargar o conceito de depositário infiel. Nas suas palavras: “O expediente hermenêutico de dilatação do conceito técnico introduz o germe de destruição da própria garantia constitucional”<sup>152</sup>.

O segundo Ministro a votar no RE 466.343/RS, Gilmar Mendes, começou a delinear a alteração do entendimento sobre a hierarquia dos tratados no ordenamento jurídico pátrio, estudando as teorias que relacionam o direito interno e internacional para encontrar sua solução ao caso<sup>153</sup>.

Em seus fundamentos o Ministro entendeu que a teoria que situa os tratados acima da Constituição não teria aplicabilidade, pois iria “abrir uma via perigosa para uma produção normativa alheia ao controle de sua compatibilidade com a ordem constitucional interna” causando riscos permanentes de normas camufladas que se sobreporiam a ordem

<sup>151</sup> O art. 5º, inciso LXVII prevê: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. BRASIL. Constituição Federal. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm#adet](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#adet). Acesso em: 19 ago 2013.

<sup>152</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343. Relator Min. Cezar Peluso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em 29 ago 2013.

<sup>153</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343. Relator Min. Cezar Peluso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em 29 ago 2013.

constitucional vigente. Também não é válida essa doutrina, pois a atribuição conferida ao STF para julgar a constitucionalidade dos tratados demonstra seu grau inferior aos próprios preceitos constitucionais<sup>154</sup>.

O Ministro também entendeu que a equiparação dos tratados internacionais como normas de status constitucional não seria válida, porque a EC 45/04, ao incluir o §3º, “trata-se de uma declaração eloquente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais”<sup>155</sup>.

Assim entendeu o Ministro “que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico”, afastando a jurisprudência outrora formada de equiparação de todos os tratados com as normas ordinárias<sup>156</sup>.

O julgador também explanou que a Constituição de 1988 traz em seu bojo quatro disposições (art. 4º, parágrafo único e o art. 5º, com seus parágrafos 2º, 3º e 4º) “que sinalizam para uma maior abertura constitucional ao direito internacional e, na visão de alguns, ao direito supranacional”, devendo a Corte entender pelo caráter supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos porque,

[...] diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante<sup>157</sup>.

Gilmar Mendes ainda destacou que na hermenêutica dos direitos humanos o intérprete deve observar a proporcionalidade entre o fim a ser protegido e os direitos intermediários que envolvem a cláusula humanitária. Cabe também ao intérprete compreender a amplitude da proteção, notadamente nas normas constitucionais que sejam instituídas direta e

<sup>154</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343. Relator Min. Cezar Peluso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em 29 ago 2013.

<sup>155</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343. Relator Min. Cezar Peluso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em 29 ago 2013.

<sup>156</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343. Relator Min. Cezar Peluso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em 29 ago 2013.

<sup>157</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343. Relator Min. Cezar Peluso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em 29 ago 2013.

expressamente no ordenamento, como o caso do art. 5º, LXVII da Constituição, sob pena de dar margem a exceções não previstas na vontade constitucional<sup>158</sup>.

A Ministra Carmen Lúcia, seguindo os votos do Ministro antecessor, apontou que, por força do tratado aceito pelo país, há vivas mostras de “já não haver, inclusive, aplicação para a parte final do artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição de 88”<sup>159</sup>, que afronta o texto presente no art. 7º, item 7 do Pacto de São José da Costa Rica<sup>160</sup>.

Os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio acompanharam o voto do ministro Gilmar Mendes, tendo os dois primeiros retratados superficialmente sobre a hierarquia dos tratados e estes últimos reafirmaram a suprallegalidade do direito das gentes<sup>161</sup>.

No voto seguinte, o Ministro Celso Mello trouxe nova discussão ao plenário indicando que a normativa prevista nos tratados internacionais de direitos humanos teriam “muito maior razão, se se lhes atribuir, como pretendem alguns autores, hierarquia constitucional”<sup>162</sup>. Assim, compreendeu o Ministro, três situações que decorrem da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos em relação a EC 45/04:

(1) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da Constituição de 1988 (tais convenções internacionais revestem-se de índole constitucional, porque formalmente recebidas, nessa condição, pelo § 2º do art. 5º da Constituição); (2) tratados internacionais de direitos humanos que venham a ser celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC nº 45/2004 (essas convenções internacionais, para se impregnarem de natureza constitucional, deverão observar o "iter" procedimental estabelecido pelo §3º do art. 5º da Constituição); e (3) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu) entre a promulgação da Constituição de 1988 e a superveniência da EC nº 45/2004 (referidos tratados assumem caráter materialmente constitucional, porque essa qualificada hierarquia jurídica lhes é transmitida por efeito de sua inclusão no

<sup>158</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343. Relator Min. Cezar Peluso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em 29 ago 2013.

<sup>159</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343. Relator Min. Cezar Peluso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em 29 ago 2013.

<sup>160</sup> “Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal [...] 7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.” BRASIL. Pacto San Jose da Costa Rica - Decreto n. 678, 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm). Acesso em: 19 abril 2013.

<sup>161</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343. Relator Min. Cezar Peluso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em 29 ago 2013.

<sup>162</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343. Relator Min. Cezar Peluso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em 29 ago 2013.

bloco de constitucionalidade, que é "a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados"<sup>163</sup>.

O citado Ministro, suplantado pela doutrina, explicou que para ele a regra contida no §2º do art. 5º da Constituição já equiparava os tratados de direitos humanos com as normas de índole constitucional, e que o §3º foi a inclusão de uma norma explicativa que reforça o texto do parágrafo anterior. Segundo ele, do mesmo modo que ocorreu com o Código Tributário Nacional, que foi criado pelo quórum de lei ordinária mas foi alçado a grau de lei complementar, pela nova ordem constitucional, a EC 45/04 elevou os tratados de direitos humanos ao nível constitucional independente do quórum anterior de aprovação<sup>164</sup>.

Ao final de seu voto o Ministro, de outro turno, alertou que a Constituição ainda permanecerá suprema sob todos os tratados:

Tenho por irrecusável, de outro lado, a supremacia da Constituição sobre todos os tratados internacionais celebrados pelo Estado brasileiro, inclusive aqueles que versarem o tema dos direitos humanos, desde que, neste último caso, as convenções internacionais que o Brasil tenha celebrado (ou a que tenha aderido) importem em supressão, modificação gravosa ou restrição a prerrogativas essenciais ou a liberdades fundamentais reconhecidas e asseguradas pelo próprio texto constitucional, eis que os direitos e garantias individuais qualificam-se, como sabemos, como limitações materiais ao poder reformador do Congresso Nacional<sup>165</sup>.

O voto do Ministro Celso Mello pela constitucionalização das normas internacionais acirrou a discussão sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, divergindo dos votos encabeçados pelo Ministro Gilmar Mendes que entendiam pela supralegalidade.

Após avaliar as duas correntes em discussão, o Ministro Menezes Direito seguiu o entendimento de que os tratados de direitos humanos possuem colocação superior as leis ordinárias mas inferior a Constituição, em um status que ele chamou de hierarquia especial, lembrando o voto do Ministro Orozimbo Nonato na pretérita AC n.9.587/DF de 21/8/1951, porque “são atos de hierarquia diferenciada na medida em que oriundos de um plano que está

<sup>163</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343. Relator Min. Cezar Peluso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em 29 ago 2013.

<sup>164</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343. Relator Min. Cezar Peluso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em 29 ago 2013.

<sup>165</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343. Relator Min. Cezar Peluso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em 29 ago 2013.

além, pela própria natureza do seu conteúdo substantivo, da hierarquização legislativa doméstica”<sup>166</sup>.

Na sequência o Ministro Cesar Peluso confirmou seu relatório e acrescentou seu entendimento pela equiparação dos tratados internacionais de direitos humanos a nível constitucional, diferenciando-os pela aplicação do §2º que possuem caráter materialmente constitucional, e do §3º que englobam tanto o caráter material quanto o caráter formal, e que na aplicação prática distinguem-se pela forma de sua denúncia<sup>167</sup>.

Como o Ministro Joaquim Barbosa estava licenciado nas sessões, a votação encerrou, concluindo a Corte pela hierarquia supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos.

Juntamente com o julgamento do recurso em Habeas Corpus n. 79.785-7/RJ, no qual o voto vencido do Ministro Sepúlveda Pertence indicava a hierarquia dos tratados de direitos humanos de forma superior à normativa ordinária<sup>168</sup>, essa foi a fundamentação para a conclusão da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, alterando o entendimento vigente por muitas décadas.

Na decisão conjunta dos julgados anteriormente citados o Supremo Tribunal Federal reconheceu que os tratados de direitos humanos, inseridos sob a regra do §2º, possuem superioridade hierárquica ante as leis ordinárias, mas inferioridade perante a Constituição<sup>169</sup>.

Convém destacar que a decisão apresentou, em certa medida, uma das regras mais aceitas no direito internacional, presente no art. 27 da Convenção de Viena, que determina que uma parte não invoque disposições de seu direito interno tendentes a afastar a aplicação de um acordo internacional<sup>170</sup>.

<sup>166</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343. Relator Min. Cezar Peluso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em 29 ago 2013.

<sup>167</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343. Relator Min. Cezar Peluso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em 29 ago 2013.

<sup>168</sup> Assim votou o Ministro: “[...] parificar às leis os tratados a que alude o art. 5º, §2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil de inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos [...] a aceitar a outorga de força supra-legal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias delas constantes. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus n. 79.785-7/RJ. 2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661>. Acesso em 29 ago 2013.

<sup>169</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343. Relator Min. Cezar Peluso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em 29 ago 2013.

<sup>170</sup> MACEDO. Paulo Emílio Wauther Borges de. Comentários ao Artigo 27. In SALIBA, Aziz Tuffi (org). **Direito dos Tratados: Comentários à convenção de Viena sobre o direito dos tratados (1969)**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2001. p. 191.

No ordenamento interno só existe um artigo que faz referência a essa aplicação. É o art. 98 do Código Tributário Nacional, que impede, de forma clara, a revogação dos tratados internacionais, mesmo sob a influência de nova lei.<sup>171</sup>. Isto decorre porque o Código Tributário Nacional foi criado em 1966 quando vigorava o entendimento de preponderância dos tratados sobre as leis ordinárias.

De forma geral, a votação de todos os ministros indicaram a maior abertura constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, num verdadeiro processo de constitucionalização dos direitos humanos formados na ordem internacional, modificando os conceitos de supremacia constitucional formados anteriormente.

Assim, a compreensão dos tratados de direitos humanos como normas aptas a fundamentar um controle de constitucionalidade merece um capítulo próprio, devendo primeiramente compreender a função da Constituição em um Estado e sua força suprema para controlar os atos inferiores.

---

<sup>171</sup> Reza o artigo: “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”. BRASIL. Constituição Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm). Acesso em 21 fev. 2013.

## CAPÍTULO II – A ORDEM CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA E OS DIREITOS HUMANOS

### 2.1. NEOCONSTITUCIONALISMO E SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

A Idade Média, formada por uma organização feudal com rígida separação de classes, conceituou o constitucionalismo com as ideias de limitação do poder estatal e a proteção do indivíduo contra a atuação desmedida do Estado.

A *Magna Charta Libertatum*, outorgada pelo Rei João Sem-Terra, no ano de 1215, já continha elementos de proteção da pessoa humana, mas sempre com o mesmo traço básico de limitação ao poder estatal<sup>172</sup>.

Alguns séculos após, outros instrumentos foram criados para restringir a atuação estatal como a *Petition of Rights*, 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679 e o *Bill of Rights*, de 1689. Com a sedimentação desses documentos, os olhos voltaram-se para a defesa dos direitos humanos<sup>173</sup>.

Em nenhum caso, porém, têm-se a demonstração de um constitucionalismo nos moldes das constituições modernas.

É na independência das treze colônias dos Estados Unidos da América, em 1776, e na Revolução Francesa, em 1789, que o constitucionalismo toma as feições modernas, tornando-se ponto supremo de organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos humanos<sup>174</sup>.

Assim o objeto do constitucionalismo é a presença de um documento político do Estado, “no sentido amplo de estabelecer sua estrutura, a organização de suas instituições e órgãos, o modo de aquisição e limitação do poder, por meio, inclusive, da previsão de diversos direitos e garantias fundamentais”<sup>175</sup>, referenciado pela Constituição.

A Constituição, diferente de qualquer norma ordinária, rege o próprio Estado enquanto comunidade e enquanto poder. Ela estabelece a dupla função de garantia do existente, plasmada em normas que correspondam a organização da comunidade política, e de um

<sup>172</sup> COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 44.

<sup>173</sup> COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 45.

<sup>174</sup> MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: Garantia suprema da Constituição**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 32-34.

<sup>175</sup> MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: Garantia suprema da Constituição**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 33.

programa de direção para o futuro, definindo formas de manifestação da vontade e os atos em que se concretizam seus princípios<sup>176</sup>.

Estes objetivos são garantidos pela supremacia constitucional.

De acordo com Norberto Bobbio o ordenamento jurídico interno é formado por uma complexidade de normas que formam juntas a unidade do sistema. O próprio pensamento de ordem (unidade), e assim ordenamento, deriva da concepção de subordinação, enquanto respeito ao poder superior que por sua força comanda aqueles que estão abaixo de seu grau. Há entre as normas uma hierarquia necessária à manutenção do ordenamento<sup>177</sup>.

Ainda de acordo com Norberto Bobbio para garantir a unicidade do sistema normativo a presença hierárquica entre as normas também é necessária, existindo normas inferiores e normas superiores. As normas de menor grau devem seguir todas as normas de grau superior, respeitando seus comandos. Nesse sistema verticalizado torna-se imprescindível a presença de uma norma fundamental como força de validade e fonte das normas que lhe são inferiores<sup>178</sup>.

Hans Kelsen aponta que o sistema hierárquico das normas deve encontrar um fim para todo o ordenamento em uma norma suprema que se pressupõe<sup>179</sup> como a última e mais elevada. Nas palavras do Autor:

Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa<sup>180</sup>.

<sup>176</sup> MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**: Garantia suprema da Constituição. São Paulo: Atlas, 2000, p. 37.

<sup>177</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos, 6ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1995, p. 49.

<sup>178</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos, 6ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1995, p. 49.

<sup>179</sup> Grande destaque tem as lições de Kelsen sobre a resposta de uma pergunta intrigante: Sendo a norma constitucional o centro de validade das outras normas então quem ou o que dá validade a própria Constituição? O autor aponta que a validade das normas constitucionais são aplicadas num plano *pressuposto*. Enquanto as normas infraconstitucionais são *postas* pelos critérios aplicados pelo poder constituinte, as normas constitucionais não possuem um plano palpável de validade devendo aos indivíduos suporem sua validade. O autor ainda discorre que a norma fundamental é pressuposta por razão aceita pelos indivíduos, como um poder político, um consenso, uma cultura, etc. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed., p. 137-138. Também tratando da suposição da norma fundamental constitucional ler: BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos, 6ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1995, p. 59-65.

<sup>180</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 135.

A concepção de pirâmide jurídica, seguida no modelo Kelseniano de hierarquia das normas, coloca a Constituição no patamar máximo das leis orientando e ‘iluminando’ o restante do ordenamento<sup>181</sup>.

A Constituição é a lei suprema de um Estado e é inserida como norma fundamental que irradia sobre todas as outras normas seus principados, impondo-lhes regras de interpretação, alcance e validade bem como é fonte inicial para a formação das normas infraconstitucionais.

Nos dizeres de Simone Goyard-Fabre: “em sua eficiência prática, a ordem constitucional é portadora de normatividade, de modo que as regras de direito ganham figura, no âmbito estatal, de modelos de diretividade”<sup>182</sup>.

No entendimento de Luis Roberto Barroso, além de representar a positivação do poder, a Constituição é a energia inicial que institui a ordem jurídica, anotando valores juridicamente supremos, bem como diretrizes e programas que nortearão o governo e a sociedade<sup>183</sup>.

Nessa toa a Constituição de um Estado, mais que uma lei em sentido estrito, representa um referencial axiológico, vez que assume valores (humanos, sociais, políticos, culturais, etc.) com importante densidade, principalmente acerca dos direitos humanos.

Essa forma de pensar o direito constitucional reflete-se num intento de institucionalizar um Estado caracterizado como social, que aplaca uma ordem normativa direcionada à própria ordem do Estado sob o primado da dignidade da pessoa humana<sup>184</sup>.

A Constituição é a direção buscada pelo legislador infraconstitucional e o intérprete da norma quando ela representa o desenvolvimento dos valores principiológicos da sociedade. Conforme Susanna Pozzolo e Écio Oto Ramos: “[...] a hierarquia axiológica instituída mudará continuamente em relação às exigências de justiça substancial que cada intérprete, a cada vez, considerará relevante para o caso concreto”<sup>185</sup>.

<sup>181</sup> LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004, p. 39.

<sup>182</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **Os Fundamentos da Ordem Jurídica**. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 112.

<sup>183</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e possibilidades da constituição brasileira**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 72.

<sup>184</sup> POZZOLO, Susanna. DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição**. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 21

<sup>185</sup> POZZOLO, Susanna. DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição**. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 98.

Esse modelo constitucional formado por valores<sup>186</sup>, que representa a maioria das Cartas promulgadas após a Segunda Grande Guerra, denomina-se neoconstitucionalismo, constitucionalismo pós-moderno, pós-positivismo ou como alguns tenderam a chamar de “constituição material”<sup>187</sup>.

Susanna Pozzolo e Écio Oto Ramos discorrem que a expressão neoconstitucionalismo não possui um significado unívoco para os autores, mas estes tem em comum a crítica ao positivismo jurídico como incapaz de dar conta do moderno Estado constitucional.

A argumentação anti-positivista se baseia nas mudanças estruturais que tem levado o Estado constitucional a modificar o Estado de direito que se caracterizava por reduzir todas as fontes jurídicas à lei. Esta arquitetura tem sido modificada com a introdução da Constituição, que coloca a lei em uma posição subordinada e junto com os critérios de validade formal introduziu os critérios de validade material capazes de condicionar a atividade legislativa em seu conteúdo e não só em sua forma<sup>188</sup>.

Uma das razões para a superação do positivismo jurídico pelo pós-positivismo é a noção de validade jurídica, que é aplicada naquele conceito para um entendimento estritamente formal. O modelo positivo revelou-se inadequado para ser utilizado no ordenamento do Estado constitucional contemporâneo onde as normas seriam válidas por satisfazer critérios materiais plasmados muito mais em seu conteúdo do que em sua ordem formal<sup>189</sup>.

As normas assim especificarão a problemática da positivação e da principiologia que norteiam suas concepções e atuações. É assim também que a própria estruturação dessas normas leva em consideração a existência e pertinência de regras e princípios<sup>190</sup>.

A clássica diferenciação por generalidade de regras e princípios que consideram-nas de naturezas distintas, no sentido de que as primeiras conservam um caráter mais definitivo, ao passo que estas reservam uma natureza “prima facie”, é alterado pela relação da máxima

---

<sup>186</sup> Convém ressaltarmos que Hans Kelsen criticava a incorporação de conceitos vagos, abertos e carregados de valoração, que dessem margem a diferentes interpretações, principalmente para a aplicação do controle jurisdicional da constitucionalidade. O doutrinador indicava que não era possível a valoração de normas supraconstitucionais entendidas como “balizas flutuantes”, ou seja, sem nenhum referencial, deixando o legislador a mercê de critérios adotados pelo intérprete. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 192-196.

<sup>187</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 133.

<sup>188</sup> POZZOLLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Trotta: Madrid, 2003, p. 187-210.

<sup>189</sup> POZZOLLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Trotta: Madrid, 2003, p. 187-210

<sup>190</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 202, p. 85.

proporcionalidade<sup>191</sup> que decorre da própria natureza dos princípios, concluindo, assim, uma imediata relação entre ambos<sup>192</sup>.

As constituições atuais possuem princípios de justiça e valores abstratos presentes por meio de expressões vagas e conceitos abertos que, para serem interpretados, pedem um juízo de valor que lhes concretize, ao contrário do positivismo que expulsou de seus horizontes, a análise dos valores éticos<sup>193</sup>.

Nas palavras de Luis Roberto Barroso,

No direito contemporâneo, a Constituição passou a ser compreendida como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização de direitos fundamentais desempenham um papel fundamental. Rememore-se que o modelo jurídico tradicional fora concebido apenas para a interpretação e aplicação de regras. Modernamente, no entanto, prevalece a concepção de que o sistema jurídico ideal se consubstancia em um distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem a realização da justiça do caso concreto.<sup>194</sup>

No sistema pós-positivista a abertura constitucional torna o sistema dinâmico, evolutivo e em construção constante, aberto ao diálogo com as realidades sociais, econômicas e jurídicas, capacitando a sua atualização mediante certa aprendizagem dos dados jurídicos com os históricos e vice-versa. Ao pós-positivismo a Constituição é compreendida como um sistema jurídico vinculante, mas não imune às pressões sociais e históricas, o que possibilitará falar de uma normatividade historicamente construída sob a base social<sup>195</sup>.

A interpretação neoconstitucionalista observa o caráter material da norma voltado a encontrar a melhor resposta ao fato vindicado. A hermenêutica constitucional é construída a partir de ideologias que observem não só a literalidade da lei, mas as capacidades

---

<sup>191</sup> Virgílio Afonso da Silva aponta que o princípio da concordância prática, defendido por Konrad Hesse e Frederich Muller, está intimamente ligado com o princípio da proporcionalidade, mas que não se confundem pois, ainda que tenham uma finalidade comum, na proporcionalidade, que deriva-se em três formas (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), há sopesamento de valores. SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In. SILVA, Virgílio Afonso da (org). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Editores Malheiros, 2005, p. 121-127

<sup>192</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 122.

<sup>193</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 122.

<sup>194</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 316.

<sup>195</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional – construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 90-91.

institucionais reais dos agentes que interpretam e aplicam as normas, construindo teorias mais realistas, que possam produzir resultados que otimizem os valores constitucionais<sup>196</sup>.

Aponta Daniel Sarmento que o Brasil vive essa nova forma de ver a Constituição que irradia sobre todos os pontos do Estado, sendo ela invocada não só para resolver os grandes conflitos, mas também para fundamentar pequenas demandas comuns no dia-a-dia<sup>197</sup>.

Luis Roberto Barroso salienta que a forma atual de interpretação da norma, não a pensa como completa com todos os requisitos nela presentes, como faziam os positivistas (cabendo somente ao intérprete a subsunção do fato a norma). A nova interpretação tem na norma o início da solução do problema, mas não completamente, pois a norma não contém todos os elementos à solução do caso<sup>198</sup>.

Desta forma, o fato torna-se imprescindível ao fornecer elementos à construção da norma, e, portanto, o conceito da própria norma é a interpretação do texto com o fato, afastando a ideia de norma em abstrato para ocupar a ideia de norma concretizadora<sup>199</sup>.

Sendo o fato elemento da norma, inclusive a norma constitucional, pode-se falar em outros fatores de embasamento para controlar as normas infraconstitucionais que se vinculam diretamente aos fatos, como por exemplo, as realidades sociais, as diferenças econômicas, a proteção mais eficaz de direitos humanos. A ideia de moral e de justiça, afastadas pelo positivismo, agora são ligados intimamente na formação da norma e são supedâneo de interpretação da Constituição.

Paulo Ricardo Schier é cirúrgico ao apontar:

Este momento pós-positivista do neoconstitucionalismo, afirmando a normatividade e vinculatividade dos princípios, faz assentá-los como valores jurídicos supremos da sociedade, servindo como parâmetro de aplicação do Direito para o Estado (Administração Pública, Legislador e Juiz) e até mesmo a sociedade civil. Fala-se, aqui, portanto, não de um Direito justo à luz de valores metafísicos (superiores e anteriores ao Estado) ou formais (identificados com a própria legalidade) e sim, de uma reserva histórica de Justiça: aquela que uma dada sociedade concreta elegeu, em momento definido, como padrão de justiça<sup>200</sup>.

<sup>196</sup> SARMENTO, Daniel. Interpretação Constitucional, Pré-compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. BINENBOJM, Gustavo (coord.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 321.

<sup>197</sup> SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os dois Lados da Moeda. In NETO, Cláudio Pereira de Souza. **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. 2007. Lumen Júris, p. 2.

<sup>198</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 307.

<sup>199</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 308.

<sup>200</sup> SCHIER, Paulo Ricardo Schier. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo**. Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 4, out-dez 2005, Salvador, p. 12. Disponível

Neste novo modelo, pós-positivista, os princípios que anteriormente eram colocados como segundo plano de fundamento das normas, estando as regras como principais aplicações jurídicas, agora se encontram no mesmo patamar das regras jurídicas e encampam o conceito de normas constitucionais. A constituição deste modelo contém como normas as regras e os princípios, numa convivência igualitária.

A constituição passa a conter elementos de abertura dentro de suas normas, contemplando assim a interpretação que mais reflete os preceitos valorativos incluídos no texto maior. Surgem junto a esta valoração os direitos humanos que ocupam lugar primordial nas constituições atuais.

Com os grandes combates armados no início do século XX, o direito constitucional transfere suas preocupações para a esfera dos direitos humanos. “Com eles, o constitucionalismo do século XX logrou a sua posição mais consistente, mais nítida, mais característica”<sup>201</sup>.

O modelo neoconstitucional<sup>202</sup> não mais aceita a constituição como uma formação positivada estanque e que esgota as possibilidades jurídicas. Para Simone Goyard-Fabre: “nenhum texto constitucional é apresentado como possuindo valor de axioma imutável. Mesmo quando a constituição é reconhecida como base da ordem jurídica, também é compreendida como obra de entendimento e de vontade”<sup>203</sup>.

Neste aporte de valoração máxima, as normas constitucionais serão supremas em relação a todo o ordenamento jurídico salvaguardando a alteração de seu conteúdo pela ação de um legislador ou ato não autorizado pela constituição.

Nas palavras de Luis Roberto Barroso:

A constituição, portanto, é dotada de superioridade jurídica em relação a todas as normas do sistema e, como consequência, nenhum ato jurídico pode subsistir validamente se for com ela incompatível. Para assegurar essa supremacia, a ordem jurídica contempla um conjunto de mecanismos conhecidos como jurisdição constitucional, destinados a, pela via judicial, fazer prevalecer os comandos contidos

---

em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005-PAULO%20SCHIER.pdf>. Acesso em: 27 dez 2013.

<sup>201</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 602.

<sup>202</sup> Ecio Oto Ramos Duarte aponta três terminologias de neoconstitucionalismo: o neoconstitucionalismo teórico que entende pela presença de princípios e regras, sobretudo os direitos fundamentais, juntamente com algumas peculiaridades de interpretação, o neoconstitucionalismo ideológico que adota o modelo axiológico da constituição; e o neoconstitucionalismo metódico onde há ligação direta entre o direito e a moral. POZZOLO, Susanna. DUARTE, Ecio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico**: As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 25.

<sup>203</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **Os Fundamentos da Ordem Jurídica**. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 140.

na constituição. Parte importante da jurisdição constitucional consiste no controle de constitucionalidade, cuja finalidade é declarar a invalidade e paralisar a eficácia dos atos normativos que sejam incompatíveis com a constituição<sup>204</sup>.

Explica-se, a Constituição possui supremacia sob dois aspectos: a supremacia formal e a supremacia material.

### 2.1.1. Supremacia Formal da Constituição

Antes de entender a supremacia formal da Constituição é importante entender o caminho trilhado para alcançar referida doutrina retornando até a Revolução Francesa quando insurge a vontade de limitar o poder do Estado absoluto<sup>205</sup>.

A limitação do poder absoluto é buscada na sedimentação da soberania popular representada pelas leis e pelo legislador representante do povo. Nas palavras de Maurizio Fioravanti, “contra los antiguos privilegios se debe afirmar la autoridad del legislador soberano que, con el instrumento de la ley general y abstracta, hace posible, através del artificio de la representación, la unidad del pueblo o nación”<sup>206</sup>.

Assim, o Estado de direito é formado na ideia de um legislador soberano, portanto sem limites, que representa a vontade geral por meio das leis. A vontade inscrita na lei não poderia ser questionada, limitando ao intérprete dela somente a sua aplicação. Prevalece o entendimento, consoante Maurizio Fioravanti, de que a Constituição: “debe corresponder a un texto orgánico escrito, que el cuerpo constituyente soberano há querido, y que como tal puede ser de hecho opuesto a los gobernantes que hayan actuado de amera ilegítima, es decir, contraria a la constitución”<sup>207</sup>.

Daniel Sarmiento aponta que as premissas básicas formadoras da ideologia política após a Revolução Francesa foram: “(a) a crença na legitimidade dos parlamentos para criação do direito e na ilegitimidade dos juízes para a mesma tarefa; e (b) a ideologia do *laissez-faire*

<sup>204</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 84.

<sup>205</sup> CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5º ed., Portugal: Livraria Almedina, 2002, p. 69.

<sup>206</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales: Revoluciones y doctrinas de las libertades**. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 83.

<sup>207</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales: Revoluciones y doctrinas de las libertades**. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 84.

– o Estado não deveria intervir na esfera social, cabendo-lhe apenas proteger a propriedade e a segurança interna e externa do cidadão”<sup>208</sup>.

O direito era entendido como um ordenamento único, colocado sobre a conduta humana, importando mais a norma escrita do que a própria ação. Norberto Bobbio, na mesma linha de pensamento, traça que uma norma somente adquire eficácia por meio de um ordenamento jurídico, formado pela autoridade que determina sua natureza<sup>209</sup>.

Mas a Constituição não era vista como principal norma reguladora da vida. As constituições eram vistas como proclamações políticas importantes, mas não autênticas normas jurídicas. As determinações presentes na Constituição não podiam ser aplicadas diretamente pelos juízes, e tampouco geravam direitos subjetivos para os cidadãos. Eram nas leis que existia a obrigação vinculativa de todas as ações e não as solenes e abstratas determinações constitucionais<sup>210</sup>.

Norberto Bobbio indica que esse modo de abordar o direito sob olhar do formalismo é um dos fundamentos dos positivistas. Segue o Autor indicando que a doutrina positiva vê o direito como “um conjunto de fatos, de fenômenos ou de dados sociais em tudo análogos àqueles do mundo natural”. Assim importa mais a estrutura formal das normas em detrimento do seu aspecto material. A validade do direito é formada pela estrutura da norma, prescindindo do seu conteúdo<sup>211</sup>.

Com a base formalista é que se compreende a supremacia formal da Constituição.

Para José Afonso da Silva, o conceito de supremacia constitucional está intimamente ligado ao conceito de rigidez da constituição. Ainda, segundo o Autor, constituição rígida é aquela que é “somente alterável mediante processos, solenidades e exigências formais especiais, diferentes e mais difíceis que os de formação das leis ordinárias ou complementares”<sup>212</sup>.

A dificuldade para se alterar o texto constitucional determinará se uma Constituição será flexível, semirrígida ou rígida.

<sup>208</sup> SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os dois Lados da Moeda. In NETO, Cláudio Pereira de Souza. **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. 2007. Lúmen Júris, p. 7.

<sup>209</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 22

<sup>210</sup> SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os dois Lados da Moeda. In NETO, Cláudio Pereira de Souza. **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. 2007. Lúmen Júris, p. 10.

<sup>211</sup> BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995, p. 131.

<sup>212</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 45.

Conceitua-se Constituição flexível aquela em que o processo de mudança do texto constitucional segue o mesmo rito de outras normas infraconstitucionais. Assim não há diferença no processo de mudança da legislação ordinária e da Constituição. A dificuldade encontrada pelo legislador constituinte é a mesma que encontra o legislador infraconstitucional<sup>213</sup>.

Semirrígidas ou semiflexíveis são aquelas constituições que apresentam a necessidade de um processo mais árduo para alterar algumas matérias enquanto outras seguem o mesmo procedimento das leis infraconstitucionais. Há uma abertura a determinadas matérias constitucionais que podem sofrer mudanças pelo legislador ordinário enquanto que as outras deverão passar pelo procedimento formal rigoroso típico das constituições rígidas<sup>214</sup>.

Uma constituição será entendida como rígida quando seu processo de mudança formal ocorre por meio de um árduo processo legislativo, mais dificultoso que o processo de alteração das demais normas infraconstitucionais<sup>215</sup>.

O conceito de rigidez por vezes é entendido como somente aplicável às constituições escritas porque delas decorreria a formalidade necessária para a supremacia do texto constitucional. Paulo Bonavides contraria esta afirmação demonstrando que mesmo nas constituições costumeiras poderá existir a rigidez e supremacia da norma constitucional<sup>216</sup>.

A supremacia formal denota, portanto, uma necessidade de rigidez (ou dificuldade) na alteração da constituição para dotá-la de superioridade hierárquica em relação às demais normas que compõem o ordenamento.

José Joaquim Gomes Canotilho discorre que a formação da constituição num sentido formal depende de quatro condições gerais: (i) poder constituinte, (ii) intenção normativo-constitucional, (iii) procedimento idôneo para a criação de uma lei fundamental e (iv) força jurídica superior normalmente expressa num sistema legislativo mais dificultoso que das normas em geral<sup>217</sup>.

No Brasil, à exceção da Constituição imperial, todas as constituições seguiram a rigidez formal de alteração de seu texto, como a constituição de 1988 que em seu processo de

---

<sup>213</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 83.

<sup>214</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 189.

<sup>215</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 83.

<sup>216</sup> O autor cita o caso do Estado Francês formado antes de 1789 por normas constitucionais consuetudinárias onde o rei Luis XIV tentou alterar a forma de sucessão ao trono, por meio de seu testamento, sem ouvir previamente os estados, ferindo o poder legislativo costumeiro. O Parlamento de Paris cassou o testamento, demonstrando a supremacia das normas constitucionais ainda que formadas pelo costume. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 83.

<sup>217</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5º ed., Portugal: Livraria Almedina, 2002, p. 66.

emenda segue vários requisitos diferenciados do processo ordinário, como, por exemplo, a forma diferenciada da proposta do projeto de emenda e o seu quórum de votação que deve ocorrer por três quintos dos membros de cada Casa, em dois turnos de votação<sup>218</sup>.

Importante destacar que alguns doutrinadores<sup>219</sup> conceituam a Constituição Brasileira de 1988 como super-rígida ante a previsão de imutabilidade de determinadas matérias como aquelas previstas no artigo 60, §4º consideradas como cláusulas pétreas, invocando a imutabilidade das rochas<sup>220</sup>.

Existindo na norma fundamental procedimentos diferenciados de alteração de uma norma infraconstitucional e da norma constitucional então existirá status hierárquico diferente de normas constitucionais e normas infraconstitucionais<sup>221</sup>.

Pela simetria da própria Constituição verifica-se que o poder constituinte originário impõe regras diferentes de alteração às normas constitucionais e às normas infraconstitucionais, conforme demonstra o art. 60 comparado aos artigos seguintes.

Encontra-se na Constituição Brasileira, em seu art. 59, sete espécies normativas que são: I – normas constitucionais; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII – resoluções. Não há citação referente aos tratados internacionais, tampouco sua forma de ingresso e hierarquia<sup>222</sup>.

As normas infraconstitucionais seguirão um processo único de alteração, disposto nos arts. 61 a 69 da Constituição, consistente num processo de revisão bicameral onde uma das

---

<sup>218</sup> Conforme art. 60: “A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. § 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa”. BRASIL. Constituição Federal. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm#adct](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#adct). Acesso em: 19 ago 2013.

<sup>219</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 41.

<sup>220</sup> Uadi Lamego Bulos indica que: “clausula pétrea é aquela insuscetível de mudança formal, porque consigna o núcleo irreformável da constituição. Podemos denominá-las – sem exclusão dos demais termos – cláusulas de inamovibilidade, porquanto diante delas o legislador não poderá remover elenco específico de matérias, quais sejam, a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes, os direitos e garantias fundamentais”. BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 407.

<sup>221</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 46.

<sup>222</sup> BRASIL. Constituição Federal. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm#adct](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#adct). Acesso em: 19 ago 2013.

Casas inicia o processo e outra revisa, obtendo em cada uma aprovação por maioria<sup>223</sup>. Se a matéria tratada é de lei complementar o procedimento observará a maioria absoluta e se for matéria de lei ordinária será por maioria simples<sup>224</sup>.

O processo legislativo das leis complementares e ordinárias são o referencial para a aprovação das outras espécies e notadamente é na sua forma e quórum de aprovação que encontramos a diferença entre o processo das normas infraconstitucionais com as normas constitucionais.

Nas emendas constitucionais a mudança formal ocorre por meio dos procedimentos que o constituinte originário estipulou ao constituinte derivado<sup>225</sup>. São os mecanismos que o texto constitucional instituiu como aqueles capazes de modificá-lo.

As alterações ocorrem por meio de emendas ou de revisões constitucionais. No primeiro caso a mudança ocorre pelo trabalho do constituinte derivado, na busca da adaptação textual, realizando modificações em pontos específicos e localizados da Constituição. Normalmente a emenda constitucional decorre do trabalho cotidiano do legislador.

A revisão por sua vez ocorre em momentos previamente estabelecidos na Constituição, no intuito de reavaliá-la, mudando amplamente<sup>226</sup> o texto legal. “Assim, enquanto a emenda serve para mudar tópicos da Constituição, a revisão objetiva alterar gama maior de matérias”<sup>227</sup>.

Além da forma de criação/alteração de uma Constituição, o sentido presente em sua norma também é supremo em relação às outras normas, derivando dessa regra a supremacia material da constituição.

---

<sup>223</sup> As regras de maioria seguem três formulas: a maioria simples, a absoluta e a especial. Na maioria simples a aprovação ocorre pelo voto favorável de mais de cinquenta por cento dos presentes. Na maioria absoluta torna-se necessário o voto favorável de mais de cinquenta por cento dos membros da casa. Já na maioria especial, a regra será aplicada de forma diferenciada conforme o caso, v.g. a aprovação por 1/3 dos presentes, 3/5 dos membros, etc.

<sup>224</sup> BRASIL. Constituição Federal. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm#adct](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#adct). Acesso em: 19 ago 2013.

<sup>225</sup> Sobre o poder constituinte é importante apresentarmos a lição de Carlos Sanchez Viamonte: “o que a maioria dos professores de Direito denomina poder constituinte originário e poder constituinte derivado são mais, propriamente, duas etapas de um mesmo poder – a etapa da primogeneidade e a etapa de continuidade, respectivamente. Assim, os poderes originário e derivado não seriam distintos substancialmente, senão um mesmo poder que aparece e se manifesta em dois períodos distintos da vida institucional: o nascimento e a reforma”. *Apud* BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Poder Constituinte**. Biblioteca do senado. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181226/000389578.pdf?sequence=3>. Acesso em: 23 fev 2013.

<sup>226</sup> As revisões constitucionais às vezes modificam drasticamente o corpo da lei maior, como por exemplo a emenda constitucional n. 1/69 - que muitos autores chegam a considerá-la uma nova constituição, fruto da revolução vivida no Brasil - e as emendas constitucionais n. 7 e 8/77 que chegaram a alterar o processo legislativo de emendas constitucionais.

<sup>227</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 400.

### 2.1.2 A Supremacia Material da Constituição

A materialidade da Constituição refere-se ao conteúdo básico que exprime a organização do poder, a distribuição de competências, a forma de governo e a defesa dos direitos humanos. O conceito material de Constituição se refere, portanto, ao conteúdo da norma<sup>228</sup>.

Nesse sentido, a supremacia material da Constituição transforma a matéria disciplinada em determinada norma com status constitucional independente de sua fonte formal<sup>229</sup>. É o conceito de supremacia substancial da Constituição que sujeita a observância dos ditames de determinada norma por saberem que estes consistem nas normas fundamentais que regem o Estado e a proteção da pessoa<sup>230</sup>.

Para Luis Roberto Barroso a caracterização de normas constitucionais será pela presença de normas que organizem o poder político, definem os direitos fundamentais e que indiquem valores e fins públicos. A sujeição às normas materialmente constitucionais ocorre pela consciência de sua importância<sup>231</sup>.

Mas deve-se alertar que a matéria constitucional aqui tratada não representa os fatores reais de poder que criam a constituição real sobre a folha de papel de Ferdinand Lassale<sup>232</sup>. Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho:

A constituição material é um conceito normativo que, de forma tendencial, equivale a ordenamento constitucional, pois abrange o conjunto de todas as normas constitutivas e reguladoras das estruturas fundamentais do Estado e da sociedade, quer essas normas sejam consuetudinárias, quer estejam contidas em leis distintas da constituição formal (além, evidentemente, das normas contidas na constituição formal)<sup>233</sup>.

Com este entendimento é possível identificar que existem normas externas a um texto constitucional que guardarão o status constitucional em razão da matéria contida na

<sup>228</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 80-81.

<sup>229</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5º ed., Portugal: Livraria Almedina, 2002, p. 67.

<sup>230</sup> DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 82.

<sup>231</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 82.

<sup>232</sup> O autor apresenta que a constituição se forma com os poderes que regem o estado, condensando suas ideias na constituição “folha de papel”, tornando o poder juridicamente válido. LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004, p. 34.

<sup>233</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5º ed., Portugal: Livraria Almedina, 2002, p. 67.

norma. Haverá um rol de normas constitucionais fora da Constituição que formarão o bloco de constitucionalidade.

### 2.1.3. O Bloco de Constitucionalidade

O conceito de bloco de constitucionalidade surgiu na decisão D-44 do Conselho Constitucional Francês, de 16 de julho de 1971, que ampliou a constituição para além do texto documentado<sup>234</sup>. Na indigitada decisão, o Conselho Constitucional Francês entendeu como inconstitucional uma lei que limitava a liberdade de associação, porque o preâmbulo, e os referenciais por ela citados, preenchiam os princípios fundamentais que a Constituição exaltava<sup>235</sup>.

A Constituição Francesa de 1958 não contemplava uma norma explícita de proteção dos direitos humanos, havendo somente citação em seu preâmbulo<sup>236</sup> da Declaração dos Direitos do Homem de 1789 e dos direitos fundamentais previstos na Carta Constitucional de 1946<sup>237</sup>.

O Conselho Constitucional Francês entendeu como parte integrante de sua Constituição material, o preâmbulo constitucional<sup>238</sup>, por ligação a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o preâmbulo da Carta de 1946 e os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República<sup>239</sup>.

Para Louis Favoreu e Francisco Rubio Llorente, o bloco de constitucionalidade é um “conjunto de normas situadas en el nivel constitucional, cuyo respecto se impone a la ley”. Os

<sup>234</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 183. PAIVA, Domingos Augusto. **O controle de constitucionalidade na França**. Revista do Senado, a. 36, n. 144, out/dez 1999. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/542/r144-14.PDF?sequence=4>. Acesso em 28 dez 2013.

<sup>235</sup> *Idem*.

<sup>236</sup> Assim reza o preâmbulo da Carta Francesa: “Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l’homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu’ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu’aux droits et devoirs définis dans la Charte de l’environnement de 2004. En vertu de ces principes et de celui de la libre détermination des peuples, la République offre aux territoires d’outre-mer qui manifestent la volonté d’y adhérer des institutions nouvelles fondées sur l’idéal commun de liberté, d’égalité et de fraternité et conçues en vue de leur évolution démocratique.”. FRANÇA. Constitution de la Ve République 1958. Disponível em: <http://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/role/constitution.pdf>. Acesso em: 28 dez 2013.

<sup>237</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. *Op. Cit.*

<sup>238</sup> Acerca da força normativa do preâmbulo Clemerson Merlin Clève é claro em apontar que “não há, na Constituição, dispositivo despido de normatividade. [...] Encontra-se, também, superada a tese segundo a qual o preâmbulo da Constituição nenhuma normatividade pode produzir”. CLÈVE, Clemerson Merlin. **Para uma Dogmática Constitucional Emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 42.

<sup>239</sup> MELLO, Vitor Tadeu Carramão. **O Bloco de Constitucionalidade como Parâmetro de Proteção dos Direitos Fundamentais**. Revista VoxJuris, ano 2, v. 2, 2009, p.131. Disponível em: [http://www.ugf.br/editora/pdf/voxxuris\\_2/artigo4.pdf](http://www.ugf.br/editora/pdf/voxxuris_2/artigo4.pdf). Acesso em 02 jan 2013.

mesmos autores apontam que definir o bloco de constitucionalidade é antes de tudo “estabelecer um concepto material de ‘constituición’ que no coincide exatamente, o solo parcialmente, con el concepto puramente formal”<sup>240</sup>.

O bloco de constitucionalidade é, desse modo, uma condensação dos valores alçados a nível constitucional que podem estar presentes além do texto escrito na Constituição, como por exemplo, em um tratado internacional e em uma lei infraconstitucional.

Instituir as normas que compõe o bloco de constitucionalidade é antes de tudo estruturar aquilo que compõe a Constituição, encontrando a noção de “parametricidade”, ou seja, o atributo superior que possui a norma constitucional de paradigma de controle do ordenamento infraconstitucional que resulta na invalidade da lei contrária a ela<sup>241</sup>. José Adércio Leite Sampaio sintetiza: “Nem só do texto constitucional vive o parâmetro de controle. A rica ideia francesa do bloco de constitucionalidade prenuncia que outros expedientes normativos podem servir de canôn de constitucionalidade”<sup>242</sup>.

A junção das normas que compreendem o bloco de constitucionalidade fortalece a Constituição num todo, de forma harmônica e coerente, integrando direitos capazes de alcançar completamente o espírito da Constituição, notadamente os direitos humanos que integrariam o status constitucional, sua supremacia e imperatividade<sup>243</sup>.

José Adércio Leite Sampaio demonstra que a noção de bloco de constitucionalidade permite a ampliação da concepção constitucional podendo englobar a constituição abstrata, com as normas constitucionais presentes e pretéritas, a constituição jurisdicional, aplicada pelo entendimento da corte constitucional do país, ou pela constituição constante, formada pela jurisprudência sedimentada<sup>244</sup>.

Mas a dificuldade existe em definir quais princípios englobam os valores de uma constituição aptos a compor o bloco de constitucionalidade.

<sup>240</sup> FAVOREU, Louis. RUBIO LLORENTE, Francisco. **El bloque de la constitucionalidad**. Sevilla: Editora Civitas, 1991, p. 19-20.

<sup>241</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1588/UF, julgado em 11/04/2002. Rel. Min Celso de Mello. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=1668468>. Acesso em: 02 jan 2014.

<sup>242</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 185.

<sup>243</sup> FAVOREU, Louis. RUBIO LLORENTE, Francisco. **El bloque de la constitucionalidad**. Sevilla: Editora Civitas, 1991, p. 41.

<sup>244</sup> O autor cita como exemplo das três constituições, abstrata, jurisdicional e constante, respectivamente, a Austria, o Panama e a Itália. SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 182.

Antes de mais nada, definir o corpo material de uma constituição engloba uma atividade interpretativa da vontade constitucional<sup>245</sup>. Encontrar os princípios da constituição representa uma atividade jurisdicional na busca dos valores constitucionais.

Nas palavras de Clemerson Merlin Clève:

Quando a constituição elege valores como a liberdade e a igualdade, princípios como o estado democrático de direito, a cidadania e a dignidade da pessoa humana e, como objetivo, entre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, é necessário ter em mente que apontadas dimensões principiológicas devem ser realizadas. A funcionalidade dos dispositivos que fazem essa eleição desafia exploração. O conteúdo decorrente desses valores, princípios e objetivos conforma o que alguns constitucionalistas chamam de constituição jurídica material<sup>246</sup>.

Como a constituição está inserida num plano social e político, influenciada pelo espaço e tempo que a circundam, os valores constitucionais sempre referenciarão a vontade constitucional de um Estado num determinado momento de sua história.

Assim a busca do intérprete da norma constitucional é encontrar o substrato mais coerente a alcançar a maior amplitude de um princípio. Deve-se dar concretude aos princípios constitucionais que servirão de vetores aos princípios presentes fora da constituição, mas que consagram o bloco de constitucionalidade, reconduzindo ao programa normativo-constitucional<sup>247</sup>.

Por consequência é que urge a abertura constitucional a normativas capazes de representar seus valores, integrando unitária a constituição especialmente na defesa dos direitos humanos. Na medida em que a constituição impõe-se como referencial normativo, social e político, seu sentido não pode permanecer estanque, alheio as mudanças da sociedade. A constituição deve representar um elemento vivo de constante transformação adequando-se à sociedade que regula e a defesa dos direitos fundamentais.

---

<sup>245</sup> Acerca da vontade constitucional, Konrad Hesse apresenta: a constituição converter-se-á em força ativa, se fizerem-se presentes na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a vontade de poder (Wille zur Macht) mas também a vontade de constituição (Wille zur Verfassung). Essa vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que projeta o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside também na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita estar em constante processo de legitimação). Assenta-se ainda na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade”. HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 19-20.

<sup>246</sup> CLEVE, Clemerson Merlin. **Para uma Dogmática Constitucional Emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 43.

<sup>247</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5º ed., Portugal: Livraria Almedina, 2002, p. 982.

O Estado de direito suplantado no formalismo legal foi importante, em termos constitucionais, para definir a ideia de uma Constituição que seria estável e adequada ao princípio democrático, pois referenciava a soberania do povo ao mesmo tempo que moderava a atuação estatal<sup>248</sup>, o novo modelo encontra seus princípios na defesa dos direitos humanos.

O positivismo jurídico proporcionou segurança, não em razão de que ele professava uma melhor doutrina interpretativa, mas que o contexto cultural e político em que foi concebido ambicionavam por uma homogeneidade e uma maior estabilidade. Dessa forma, um modelo voltado a regras compatibilizava-se com as demandas sociais da época<sup>249</sup>.

Mas com o limiar dos conflitos mundiais da primeira metade do século XX, o Estado de direito mostrou-se falacioso ante o surgimento de forças legalizadas que derrocaram-no. O mundo vivencia as barbáries produzidas pelos poderes institucionalizados, como o nazismo alemão e o fascismo italiano, numa onda de banalização dos direitos humanos. O ser humano é massacrado pelo Estado em total desrespeito a sua dignidade, com campos de concentração, assassinatos maciços em câmaras de gás e crematórios, dilacerações e trabalhos forçados<sup>250</sup>.

Nas palavras de Fabio Konder Comparato, ao término dos conflitos “os direitos humanos foram identificados com os valores mais importantes da convivência humana, aqueles sem os quais as sociedades acabam perecendo, fatalmente, por um processo irreversível de desagregação”<sup>251</sup>.

As constituições formadas no Pós-Guerra passam a eleger um rol de direitos fundamentais carregados de valoração supralegal destinadas a limitar a atividade do Estado. As normas infraconstitucionais encontram nos valores presentes na Constituição e na defesa dos direitos humanos, e não meramente em seu texto escrito, a validade de sua existência bem como a fonte de sua interpretação.

Inegavelmente os direitos humanos representam um dos objetivos máximos do estado constitucional democrático<sup>252</sup>, razão pela qual a proteção da pessoa humana poderá ser suscitada por múltiplas normas externas que compõe o bloco de constitucionalidade.

<sup>248</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: De la antigüedad a nuestros días**. Trad. Manuel Martinez Neira. Madrid: Editorial Trotta. 2001, p. 154.

<sup>249</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: De la antigüedad a nuestros días**. Trad. Manuel Martinez Neira. Madrid: Editorial Trotta. 2001, p. 154

<sup>250</sup> DEL’ OMO, Florisbal de Souza. Os Direitos Humanos. In JUNIOR, Liers Pires Ferreira. MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de (Org.). **Direitos Humanos e Direito Internacional**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 14-15.

<sup>251</sup> COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 26.

<sup>252</sup> A constituição é entendida por democrática porque exclui o aparecimento de poderes autocráticos ou poderes que se autolegitimam de forma contrária aos preceitos constitucionais. FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: De la antigüedad a nuestros días**. Trad. Manuel Martinez Neira. Madrid: Editorial Trotta. 2001, p. 155.

Estudar os direitos humanos como valores presentes na constituição torna-se de vital importância para compreender seu caráter de parâmetro constitucional que servirá de sustentáculo para fomentar a atividade estatal na promoção de sua defesa e para controlar os atos contrários a seus preceitos.

## 2.2. OS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos englobam, em sua concepção tradicional, os direitos de defesa, focados a proteger elementos primordiais do ser humano contra a intervenção ilegal do poder público. Referem-se a (i) liberdade que os indivíduos possuem de realizar determinado ato e (ii) situações em que o Estado não pode intervir, como o direito a manutenção da propriedade privada. São logo, disposições definidoras de uma competência negativa do poder público<sup>253</sup>.

No entendimento de Norberto Bobbio, “os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares (quando cada constituição incorpora declaração de direitos) para finalmente encontrar a plena realização como direitos positivos universais”<sup>254</sup>.

De outra forma, somente a não interferência do Estado não é suficiente para assegurar o pleno exercício dos direitos humanos, pois em muitos casos a falta de uma ação do Estado também fere a dignidade humana. Nestes casos a proteção ocorre por meio de uma ação efetiva do Estado, como, v. g., para combater a desigualdade e a exploração do trabalho.

Por essas duas necessidades vitais à manutenção dos direitos humanos – não intervenção em determinados casos e intervenção em outros – que eles foram alçados a nível constitucional.

O direito constitucional, antes da eclosão das guerras mundiais, foi imprescindível ao estabelecimento do Estado de direito plasmado na organização jurídica dos poderes e na distribuição de suas competências alcançando equilíbrio funcional e limites a sua atuação<sup>255</sup>. Com os grandes combates armados no início do século XX, o direito constitucional transfere suas preocupações para a esfera dos direitos humanos após ver ruir a proteção humana pelo próprio Estado. Conforme lição de Paulo Bonavides, “com eles, o constitucionalismo do século XX logrou a sua posição mais consistente, mais nítida, mais característica”<sup>256</sup>.

---

<sup>253</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor (Instituto Brasileiro de Direito Constitucional), 1999, p. 37.

<sup>254</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 30.

<sup>255</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 601.

<sup>256</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 602.

Com a influência do positivismo jurídico e a legitimação total ao parlamento e a lei, até a eclosão das guerras no século XX, os direitos humanos eram concebidos como expressão emanada da vontade do Estado. Essa vontade ditava a inclusão ou a retirada de um determinado direito sob a legitimidade fundada na lei. Com base nos mecanismos formais da Constituição de Weimar, e pela promoção do ato de habilitação, Hitler instituiu um Estado sob a bandeira nazista<sup>257</sup>.

O ato de habilitação foi aprovado, em um ato formalmente jurídico, pelo Presidente, em 1933, concedendo ao gabinete, comandado por Hitler, o poder de editar normas capazes de alterar até mesmo a Constituição. Com o ato de habilitação, todas as propostas apresentadas por Hitler, que tivessem aprovação de 2/3 do parlamento, poderiam ser transformadas em lei, mesmo que contrárias ao texto constitucional. Um dos primeiros atos de Hitler foi desnacionalizar os judeus que, sem vínculo jurídico com o Estado, não mais possuíam amparo pelos sistemas de proteção oferecidos pela Constituição de Weimar<sup>258</sup>.

Conforme Oscar Vilhena Vieira, a Segunda Guerra Mundial foi marcada,

[...] pelo fato de que as principais vítimas foram nacionais mortas pelos seus próprios estados. No período que vai de meados dos anos 30 até o final da II guerra morreram cerca de 45 milhões de pessoas. Mais da metade desses mortos não foram soldados vitimados em combate, mas civis mortos pelos seus próprios estados, primordialmente na Alemanha e na União Soviética. Então esses mais de 20 milhões de seres humanos foram vítimas da instituição que a princípio deveria protegê-las. Esse é um fato absolutamente aterrorizador. Essa ideia de que o estado se utiliza do direito, e por intermédio do direito, ele consegue liquidar grupos raciais, religiosos e dissidentes políticos, numa escala assustadora, é algo peculiar ao período da II guerra<sup>259</sup>.

O término da Segunda Guerra Mundial trouxe uma cifra milionária de mortos e a preocupação global com a dignidade humana. Pela primeira vez na história a comunidade internacional compreendeu que os valores de proteção dos direitos humanos deveriam ser alçados ao nível máximo, tanto interna quanto externamente.

A preocupação com os direitos humanos, após o conflito armado, mostra-se como a necessária ação conjunta dos Estados que aceitam a proteção da dignidade humana por meio de instituições e mecanismos supranacionais, que inauguram a proteção dos direitos humanos na seara internacional.

<sup>257</sup> VIEIRA. Oscar Vilhena. **A gramática dos direitos humanos**. Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília: ESMPU, ano I, n. 4, jul/set, 2002, p. 24.

<sup>258</sup> VIEIRA. Oscar Vilhena. **A gramática dos direitos humanos**. Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília: ESMPU, ano I, n. 4, jul/set, 2002, p. 24.

<sup>259</sup> VIEIRA. Oscar Vilhena. **A gramática dos direitos humanos**. Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília: ESMPU, ano I, n. 4, jul/set, 2002, p. 25.

### 2.2.1. Proteção dos Direitos Humanos no Plano Internacional

No plano internacional, em 1945 é criada a Organização das Nações Unidas (ONU), que tinha por objetivo evitar novos confrontos, garantir a segurança internacional, o progresso e o desenvolvimento social, bem como a paz mundial. O Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos (SGDH) é inaugurado.

Conforme Flávia Piovesan:

A criação das Nações Unidas, com suas agências especializadas, demarca o surgimento de uma nova ordem internacional, que instaura um novo modelo de conduta nas relações internacionais, com preocupações que incluem a manutenção da paz e segurança internacional, o desenvolvimento das relações amistosas entre os Estados, a adoção da cooperação internacional no plano econômico, social e cultural, a adoção de um padrão internacional de saúde, a proteção ao meio ambiente, a criação de uma nova ordem econômica internacional e a proteção internacional dos direitos humanos<sup>260</sup>.

Juntamente com a ONU, três anos depois, a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos inaugura a nova ordem internacional de proteção dos direitos humanos por meio da normatização jurídica. A Declaração foi concebida como um objetivo comum a toda a sociedade internacional exprimindo direitos inalienáveis e invioláveis a todos os indivíduos da família internacional constituindo uma obrigação a ser seguida pelos Estados<sup>261</sup>.

A Declaração estipulou um rol mínimo de direitos a serem observados pelos Estados, porém o documento não possuía caráter obrigacional aos países e tampouco contemplou em seu texto os instrumentos ou mecanismos que pudessem amparar alguém que tivesse violado seus direitos presentes na Declaração<sup>262</sup>.

A inexistência de força jurídica vinculante da Declaração causou uma atuação tímida da Organização, no início de sua vida. Como ocorria o processo de transição acerca do conceito de soberania ilimitada dos Estados, e a aplicação dos direitos humanos, até a década de sessenta a ONU concentrou suas atividades estabelecendo “parâmetros e normas para a atuação dos estados, sem estabelecer mecanismos próprios para lidar com as violações. E todo

<sup>260</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 192.

<sup>261</sup> Conforme o artigo 2º da Proclamação de Direitos Humanos realizada em Teerã a 13 de maio de 1968. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Confer%C3%A2ncias-de-C%C3%BApula-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas-sobre-Direitos-Humanos/proclamacao-de-teera.html>. Acesso em: 05 jan 2013.

<sup>262</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 867

os estados acusados de violações invocavam regularmente o princípio da não intervenção para fazer calar seus acusadores”<sup>263</sup>.

Em 1966, o SGDH ganhou dois importantes tratados: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, sociais e Culturais. Esses tratados englobaram obrigações de caráter objetivo, que retiraram do Estado a figura central de sujeito internacional para colocar o ser humano no papel central. No entender de Valério de Oliveira Mazzuoli:

Ambos esses tratados compõem hoje o núcleo-base da estrutura normativa do sistema global de proteção dos direitos humanos, na medida em que "judicizaram", sob a forma de tratado internacional, os direitos previstos pela Declaração. A partir desse momento forma-se então a Carta Internacional de Direitos Humanos (International Bill of Human Rights) instrumento que inaugura o sistema global de proteção desses direitos, ao lado do qual já se delineava o sistema regional de proteção, nos âmbitos europeu, interamericano e, posteriormente, africano<sup>264</sup>.

Com o advento desses tratados de direitos humanos os Estados signatários se obrigaram, na fórmula prevista no preâmbulo dos Pactos, a respeitar e fazer respeitar os direitos do homem. Respeitar os direitos de forma a não violá-los e fazer respeitar esses direitos assegurando que os indivíduos possam exercê-los por meio de ações e providências estatais<sup>265</sup>.

Conforme Flávia Piovesan, “a conjugação desses instrumentos internacionais simbolizou a mais significativa expressão do movimento internacional dos direitos humanos, apresentando central importância para o sistema de proteção em sua globalidade”<sup>266</sup>. O SGDH ganhou destaque no cenário internacional com a constituição da Carta Internacional dos Direitos Humanos que era integrada pela Declaração dos Direitos do Homem e os dois Pactos de 1966.

O direito internacional pós-moderno saiu da inação que norteou as atividades da Organização das Nações Unidas até o início da década de cinquenta<sup>267</sup>, quando começaram a ser fixados parâmetros e normas que interferiam na soberania estatal, restringindo seu

<sup>263</sup> ALVES, José Augusto Lindgren. **Relações Internacionais e Temas Sociais: A década das conferências**. Brasília: IBRI, 2001, p. 111.

<sup>264</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 869.

<sup>265</sup> CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Tratado Internacional dos Direitos Humanos**. Vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 291.

<sup>266</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 226.

<sup>267</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 226.

exercício e equalizando o Estado como pessoa jurídica, logo, sujeito de direito, com deveres e obrigações perante a ordem jurídica<sup>268</sup>.

O indivíduo foi alçado ao patamar máximo perante a ordem jurídica internacional, e o Estado, como sujeito de direito, não poderia mais ser soberano<sup>269</sup>, no rigor do termo, porque a soberania agora caberia à ordem jurídica, que condicionou a relação e submeteu seus agentes ao cumprimento de suas imposições<sup>270</sup>.

Paralelo ao SGDH formaram-se os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, que são o Sistema Europeu, o Africano e o Interamericano. A criação dos sistemas regionais fortaleceu a proteção dos direitos humanos, pois implantou uma forma mais próxima de atuar nos Estados, aptos a lidar com os aspectos regionais e as culturas locais<sup>271</sup>.

O número reduzido de países integrantes, se comparado com o sistema global também é um ponto positivo ao sistema regional, vez que a implantação de seus mecanismos de proteção é mais efetiva, e ainda o monitoramento se torna fortalecido pela adesão mais espontânea da população abrangida<sup>272</sup>.

No continente americano a Organização dos Estados Americanos (OEA) aprovou em abril de 1948 a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem<sup>273</sup>, que foi o primeiro instrumento internacional de direitos humanos de caráter geral<sup>274</sup>, que germinou discussões acerca dos direitos humanos e a possível criação do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIDH).

O SIDH foi formado dez anos depois (1959) em uma reunião da OEA que, por meio de uma resolução, estipulou a formação de um dos dois órgãos do sistema, a Comissão Interamericana de Proteção dos Direitos Humanos. Em sua formação a Comissão teve um

<sup>268</sup> CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2012., p. 81.

<sup>269</sup> Muitos países ainda são relutantes em aceitar a diminuição de sua soberania em favor de organismos internacionais, porque assim teriam que abrir mão da forma de condução adotada pelo Estado afastando-se de suas visões e ideologias. SATO, Eiti. **Conflito e cooperação nas relações internacionais: as organizações internacionais no século XXI**. Rev. bras. polít. int., Brasília, v. 46, n. 2, dez. 2003. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-73292003000200007&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292003000200007&lng=pt&nrm=iso). Acesso em 13 jan. 2013.

<sup>270</sup> CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 82.

<sup>271</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 90-91.

<sup>272</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 90-91.

<sup>273</sup> Texto completo da declaração disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OEA-Organiza%C3%A7%C3%A3o-dos-Estados-Americanos/declaracao-americana-dos-direitos-e-deveres-do-homem.html>. Acesso em 03 jan 2014.

<sup>274</sup> Site oficial da OEA, contendo informações da Comissão e da Corte, disponível em: <http://www.oas.org/en/iachr/mandate/what.asp>. Acesso em: 10 fev. 2013.

caráter genérico, somente recebendo os poderes de avaliar petições com a Conferência Interamericana de 1965<sup>275</sup>.

Como a Declaração Americana não era uma norma com força jurídica vinculante, em 22 de novembro de 1969 é aprovada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, comumente conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, que disciplinou a matéria dos direitos humanos, impondo aos Estados-Partes deveres para sua efetivação, disciplinando em detalhes o SIDH, criando a Corte Interamericana de Direitos Humanos e mantendo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, regulando a atuação conjunta dos dois órgãos.

Pelo contexto vivificado nos territórios da América, a Convenção enunciou somente direitos civis e políticos, deixando de lado os direitos sociais, culturais e econômicos, estipulando, em seu art. 26<sup>276</sup>, somente que os Estados deveriam efetivar progressivamente<sup>277</sup> a realização plena desses direitos<sup>278</sup>. Posteriormente, em 1988, adotou-se um Protocolo Adicional à Convenção, conhecido por Protocolo de San Salvador, que estipulou os direitos sociais, econômicos e culturais, tendo vigência, após sua 11ª ratificação, em novembro de 1999<sup>279</sup>, consoante preconizava o art. 74 da Convenção Americana<sup>280</sup>.

<sup>275</sup> CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Tratado Internacional dos Direitos Humanos**. Vol. III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 34.

<sup>276</sup> Enuncia o artigo: “Artigo 26 - Desenvolvimento progressivo: Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados”. BRASIL. Convenção Americana de Direitos Humanos - Decreto n. 678, 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm). Acesso em: 19 abri 2013.

<sup>277</sup> Perderou por algum tempo o entendimento de que os direitos humanos civis e políticos seriam autoaplicáveis, e, portanto, imediatos, enquanto que os direitos sociais, culturais e econômicos deveriam ser implantados de forma progressiva. Tal entendimento é observado no SIDH com a Convenção Americana, como também pelos dois Pactos Internacionais do sistema global, de 1966, que dividiram a matéria. O tempo demonstrou que existem matérias aplicadas de forma imediata ou mediata dentro dos direitos humanos civis e políticos, bem como dos direitos sociais, culturais e econômicos. A guisa de exemplo, a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, em seu texto preambular, salientou: “[...] Convencidos de que, para o futuro, é essencial dedicar uma particular atenção ao direito ao desenvolvimento; que os direitos civis e políticos são indissociáveis dos direitos econômicos, sociais e culturais, tanto na sua concepção como na sua universalidade, e que a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais garante o gozo dos direitos civis e políticos”. CARTA AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS – Carta de Banjul 1981. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-n%C3%A3o-Inseridos-nas-Delibera%C3%A7%C3%B5es-da-ONU/carta-africana-dos-direitos-humanose-dos-povos-carta-de-banjul.html>. Acesso em: 28 jan 2014.

<sup>278</sup> CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Tratado Internacional dos Direitos Humanos**. Vol. III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 128.

<sup>279</sup> CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Tratado Internacional dos Direitos Humanos**. Vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 84.

<sup>280</sup> Pronuncia o artigo: “Artigo 74 - 1. Esta Convenção está aberta à assinatura e à ratificação de todos os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos. 2. A ratificação desta Convenção ou a adesão a ela efetuar-se-á mediante depósito de um instrumento de ratificação ou adesão na Secretaria Geral da Organização

Em termos orgânicos a Comissão Interamericana, formada por sete membros, é encarregada da promoção e da proteção dos direitos humanos nos Estados americanos que aderiram aos pactos citados, exercendo ampla margem de atuação com relatórios, investigações *in loco* e na apreciação de petições<sup>281</sup>.

Os trabalhos da Comissão sustentam-se sob três distintos pilares que é a forma individual de petição, a monitoria dos Estados Membros da OEA, observando o cumprimento da proteção dos direitos previstos na Convenção e a atenção prioritária às alíneas temáticas<sup>282</sup>. A Comissão recebe três formas de petições, uma advinda das denúncias individuais, outra por meio das petições de órgãos não governamentais ou grupos de pessoas e uma terceira promovida pelos Estados em face de outro Estado. Conforme Pedro Augusto Franco Veloso:

O órgão mais importante é a Comissão. Seus braços alcançam todas as funções conferidas ao sistema interamericano. É o órgão que trabalha com o perfil mais multifacetado de tarefas, lidando com as vítimas, com os Estados e com toda uma gama pessoal e material concernente à proteção de tais direitos muito antes que a Corte possa fazê-lo<sup>283</sup>.

De outro lado encontra-se a Corte Interamericana, que possui caráter consultivo e contencioso.

Sob o aspecto consultivo, a Corte é requerida para apresentar interpretação sobre dispositivos da Convenção, de tratados de direitos humanos nos Estados americanos ou ainda sobre a compatibilidade entre preceitos domésticos e os instrumentos internacionais com vivas mostras de evolução em seus pareceres, ante as mudanças da realidade social<sup>284</sup>.

No plano contencioso, a Corte atua na solução dos litígios quando a Comissão assim solicita (petições individuais) ou se algum Estado parte requeira (petição estatal). Importa frisar que a Corte possui competência nos Estados Partes que aceitaram sua jurisdição por

---

dos Estados Americanos. Esta Convenção entrará em vigor logo que onze Estados houverem depositado os seus respectivos instrumentos de ratificação ou de adesão. Com referência a qualquer outro Estado que a ratificar ou que a ela aderir ulteriormente, a Convenção entrará em vigor na data do depósito do seu instrumento de ratificação ou adesão". BRASIL. Convenção Americana de Direitos Humanos - Decreto n. 678, 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm). Acesso em: 19 abril 2013.

<sup>281</sup> CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Tratado Internacional dos Direitos Humanos**. Vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 37-39.

<sup>282</sup> Consoante se verifica nos arts. 41 a 47 da Convenção Americana de Direitos Humanos. BRASIL. Convenção Americana de Direitos Humanos - Decreto n. 678, 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm). Acesso em: 19 abril 2013.

<sup>283</sup> VELOSO, Pedro Augusto Franco. **Efetivando o Sistema Interamericano: Os procedimentos para acionar a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o trâmite até a Corte**. In OLIVEIRA, Marcio Luis de. **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: Interface com o direito constitucional contemporâneo**. Belo Horizonte; Del Rey, 2007, p. 107.

<sup>284</sup> CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Tratado Internacional dos Direitos Humanos**. Vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 60 a 66.

meio de uma declaração ou acordo especial<sup>285</sup>. Dos trinta e cinco estados que formam a OEA, somente vinte e um reconheceram a competência contenciosa da Corte<sup>286</sup>.

A Corte poderá, dentro de sua atuação, procurar *ex officio* toda prova que considere útil e necessária para a demanda, e ainda ouvir testemunhas, requerer documentos e provas, ou mesmo opiniões de entidades e órgãos externos<sup>287</sup>.

Em suas decisões a Corte poderá determinar a adoção de medidas capazes de restaurar o direito violado, podendo inclusive condenar o Estado ao pagamento de uma compensação à vítima pelos danos sofridos. Referida decisão tem força jurídica vinculante, com observação e cumprimento obrigatório pelos Estados num nítido decréscimo da soberania estatal<sup>288</sup>.

Nas palavras de Flávia Piovesan:

Em um contexto diverso – marcado pelo arbítrio de regimes autoritários e por graves e sistemáticas violações a direitos humanos -, a Corte Interamericana tem assegurado a salvaguarda do direito à identidade cultural de populações vulneráveis, demandando medidas específicas, mediante uma interpretação dinâmica e evolutiva da Convenção Americana concebida como um living instrument (tal como a Corte Europeia nos casos envolvendo a proteção do direito à livre orientação sexual); tem ousado na proteção dos direitos sociais, por meio de uma interpretação extensiva do direito à vida (endossando o direito à vida digna), da necessária progressividade destes direitos, bem como mediante sua proteção indireta via direitos civis; e tem enfrentado o arbítrio do poder estatal, denunciando o “terrorismo de Estado” e afirmando o primado do direito sobre a força<sup>289</sup>.

O SIDH se projetou por um contexto de regimes ditatoriais, presentes principalmente nos países da América Latina, que transitavam desses regimes autoritários para o regime

<sup>285</sup> Acerca da declaração e do acordo especial, o artigo 62 da Convenção explica: “Artigo 62 - 1. Todo Estado-parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção. 2. A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao Secretário Geral da Organização, que encaminhará cópias da mesma a outros Estados-membros da Organização e ao Secretário da Corte. 3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso, relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção, que lhe seja submetido, desde que os Estados-partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêm os incisos anteriores, seja por convenção especial”. BRASIL. Convenção Americana de Direitos Humanos - Decreto n. 678, 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm). Acesso em: 19 abril 2013.

<sup>286</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório Anual da Corte Interamericana n. 31 de 2011. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2011/portugues.pdf>. Acesso em 14 fev. 2013.

<sup>287</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório Anual da Corte Interamericana n. 31 de 2011. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2011/portugues.pdf>. Acesso em 14 fev. 2013.

<sup>288</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 340.

<sup>289</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 186.

democrático<sup>290</sup>. Os desafios do sistema americano refletem, portanto, as dificuldades das democracias recém-formadas, com instituições recentes e de pouca solidez<sup>291</sup>.

A Segunda Guerra Mundial também influenciou o ordenamento interno dos países, notadamente na roupagem constitucional, que passou a promover a defesa dos direitos humanos com integração a novos instrumentos ou mesmo com a aceitação dos sistemas e seus tratados, ampliando o bloco de constitucionalidade referente à dignidade humana.

### 2.2.2 Proteção dos Direitos Humanos no Plano Nacional

Após o conflito armado as constituições passaram a dedicar amplo espaço para elencar os direitos humanos e seus mecanismos de proteção. Na visão de Vieira Andrade, em nível constitucional os direitos humanos foram considerados sob três aspectos característicos: numa ideia de (i) acumulação, em que a cada momento se formulam novos direitos que se somam aos existentes, ou se ampliam estes, impedindo o retrocesso; de (ii) variedade, pois os direitos humanos desdobram-se em estruturas complexas requerendo diversas dimensões normativas; e de (iii) abertura onde o catálogo constitucional não se esgota no texto escrito, aceitando inclusive normas externas ao texto fundamental<sup>292</sup>.

Mauro Cappelletti enfatiza que no cenário Pós-Guerra a Áustria, em 1945, o Japão, em 1947, a Itália, em 1948 e a Alemanha, em 1949, adotaram constituições escritas que instituíram direitos humanos,

[...] estendendo, assim, a proteção constitucional aos indivíduos em face do poder governamental; e, *last but not least* [por último mas não menos importante], reforçaram a atuação da Constituição e de seus direitos fundamentais, em relação a novos ou reestruturados tribunais judiciais, dotados de importantes garantias de independência face a órgãos políticos<sup>293</sup>.

Nos países citados foram criadas cortes constitucionais e processos constitucionais que amparavam a dignidade humana. Compreendeu-se que a revolução constitucional do pós-

<sup>290</sup> Acerca dos regimes de transição vivenciados pela América Latina ler: KAI, Ambos. MALARINO, Ezequiel (Orgs). **Justicia de Transición**. Fundação Konrad Adenauer: Uruguai, 2010.

<sup>291</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 125-127.

<sup>292</sup> ANDRADE, Vieira de. Os Direitos Fundamentais no Século XXI. In PEREZ ROYO, Javier, et al., ed. **Derecho Constitucional para el Siglo XXI**: Tomo I. Navarra : Aranzadi, 2006, p. 15.

<sup>293</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”**. Trad. Fernando Sá. Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. – Vol. 1, n. 1, jan./mar. 1990, p. 20.

guerra somente ocorreria se existisse um órgão judicial efetivo que ao mesmo tempo protegesse as vítimas e restringisse o Estado de um eventual abuso<sup>294</sup>.

Outros países aderiram ao sistema formado por aqueles países, como Chipre em 1960, Turquia em 1961, e Malta em 1964. A evolução constitucional com abrangência dos direitos humanos também foi utilizada como resposta a regimes não democráticos ou com sérios conflitos domésticos como foi a Grécia em 1975, depois da queda do regime dos coronéis, em Portugal em 1976, depois da queda do regime de Salazar; e da Espanha, depois da queda de Franco<sup>295</sup>.

No Brasil o constitucionalismo, além das duas grandes guerras mundiais, sofreu influência dos governos militares que promoveram uma ditadura autoritária com grandes restrições as liberdades.

A Constituição de 1988 foi assim um marco jurídico, porque retomou o regime democrático no Brasil, alargando significativamente os direitos e garantias fundamentais, situando nossa Carta Magna como uma das mais avançadas do mundo<sup>296</sup>.

No art. 1º, III<sup>297</sup>, do texto constitucional, a dignidade da pessoa humana é colocada como um dos fundamentos do Estado. A pessoa humana passou a ser a finalidade maior do Estado, sendo que todos os outros princípios serão alicerces para a observância dos direitos humanos. Esses direitos indicam o norte que o ordenamento jurídico se referenciará, ocorrendo flagrante inconstitucionalidade das normas que contrariarem esses direitos.

A Constituição determinou ainda, em seu art. 3º, como seus objetivos, a observância primordial da liberdade e a promoção do bem comum, repudiando todas as formas de discriminação, buscando a erradicação da pobreza e a marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais<sup>298</sup>. Conforme observa José Afonso da Silva,

<sup>294</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”**. Trad. Fernando Sá. Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. – Vol. 1, n. 1, jan./mar. 1990, p. 20.

<sup>295</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”**. Trad. Fernando Sá. Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. – Vol. 1, n. 1, jan./mar. 1990, p. 21.

<sup>296</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 82.

<sup>297</sup> “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana”. BRASIL. Constituição Federal. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm#adct](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#adct). Acesso em: 19 ago 2013.

<sup>298</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. BRASIL. Constituição Federal. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm#adct](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#adct). Acesso em: 19 ago 2013.

É a primeira vez que uma Constituição [brasileira] assinala, especificamente, objetivos do Estado brasileiro, não todos, que seria despropositado, mas os fundamentais, dentre eles, uns que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana<sup>299</sup>.

Os objetivos constitucionais estão lastrados na consecução dos direitos fundamentais do homem, aptos a alcançar o desenvolvimento da personalidade e dignidade enquanto ser humano. Os direitos humanos tornaram-se diretrizes porque consagram princípios informadores de toda a ordem jurídica irradiando seu sentido à finalidade do Estado<sup>300</sup>

Os direitos humanos são colocados a nível constitucional e devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como normas jurídicas vinculantes a todo ordenamento.

A Constituição do Brasil elencou um extenso rol de direitos fundamentais, como os presentes nos artigos 5º a 7º, bem como as normas relativas aos direitos da ordem socioassistencial. A Constituição se mostrou aberta aos direitos humanos presentes em normas externas ao seu texto formal conforme mostra o art. 5º, § 2º.

Com a incorporação constitucional de outras normas de direitos humanos encontramos duas categorias de normas de proteção: os direitos humanos formalmente constitucionais e os direitos materialmente constitucionais<sup>301</sup>, que congridam o bloco de constitucionalidade e são parâmetros constitucionais na ação estatal.

A constitucionalização dos direitos humanos consagrou a eles status máximo na ordem jurídica e requer das cortes constitucionais a densificação dos valores que eles carregam. O caráter aberto e evolucionário desses direitos exige do intérprete uma constante investigação para confrontar os atos subordinados resultando numa constante ampliação do controle de constitucionalidade.

### 2.3. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A questão do controle de constitucionalidade esta envolta especificamente na supremacia das normas constitucionais que, estando no ápice do ordenamento jurídico regem todas as normas e os atos que se encontram abaixo de si.

---

<sup>299</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 32. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 94.

<sup>300</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 516.

<sup>301</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5º ed., Portugal: Livraria Almedina, 2002, p. 401.

Como regente do ordenamento jurídico a norma fundamental é o parâmetro do sistema. Assim o conflito entre o comportamento de uma norma ou de um ato, ou a abstenção deles, com a Constituição compreende-se por inconstitucionalidade. As normas e os atos que ofendem a Constituição, que por sua formalidade, quer por sua matéria, ou ainda por sua falta, quando exigível pelo texto maior, são consideradas normas inconstitucionais<sup>302</sup>.

Nenhum ato legislativo que seja contrário à Constituição, isto é, sem validade, poderá existir no ordenamento jurídico. Como consequência da inconstitucionalidade, o ato que fere a Constituição será nulo<sup>303</sup> de pleno direito. “A lógica de raciocínio é irrefutável. Se a Constituição é a lei suprema, admitir a aplicação de uma lei com ela incompatível é violar sua supremacia”<sup>304</sup>.

O controle de constitucionalidade das leis e dos atos está ligado estritamente aos órgãos do poder, pois a Constituição tem neles sua destinação primordial. Assim um particular, nas atividades de seu dia-a-dia, poderá realizar um ato contrário à Constituição, sem que haja controle sobre sua inconstitucionalidade. Mesmo uma entidade privada que viole os direitos, as liberdades e as garantias sofrerá tal ação. Em todos os casos haverá inconstitucionalidade, mas somente os órgãos do poder que sofrerão controle vez que os regimes que os regem são diferentes<sup>305</sup>.

Diferencia-se inconstitucionalidade de controle de constitucionalidade, residindo no primeiro todo o ato contrário a Constituição, incluindo as ações de particulares, enquanto que no segundo ocorre a fiscalização dos atos e normas sob a luz constitucional com efeitos de torná-los inválidos.

---

<sup>302</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 73.

<sup>303</sup> Gilmar Ferreira Mendes aponta que nem sempre a inconstitucionalidade gera a nulidade. Fundamenta o autor que nos casos de envolvimento dos direitos humanos ou na omissão inconstitucional o efeito deve ser observado de forma mais amena, podendo ocorrer casos de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade. No Brasil houve significativa atenuação da declaração de nulidade dos atos inconstitucionais. Um caso emblemático que aconteceu de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade foi no julgado da ADIN 2.240/BA. MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor (Instituto Brasileiro de Direito Constitucional), 1999, p. 32-60. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2240/BA, Rel. Min. EROS GRAU. Data de Julgamento: 08/05/2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474616>. Acesso em 20 ago 2013. Ver também os seguintes julgados: Recurso Extraordinário n. 78.533-SP e Recurso Extraordinário n. 122.202. Por fim a lei n. 9.868/99, em seu art. 27, determina a flexibilidade da declaração de nulidade por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

<sup>304</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 15.

<sup>305</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 73.

A constitucionalidade dos atos e normas será controlada por um órgão elegido pela Constituição, que possuirá lugar privilegiado de verdadeira preeminência apto a garantir a supremacia da Carta<sup>306</sup>.

A verificação da inconstitucionalidade de uma norma ou ato pode ser aferida conforme determinados elementos, que incluem o momento que ela ocorre, a forma que o Estado atua no controle, a natureza do órgão que a realiza ou mesmo pelo conteúdo do ato ou da norma<sup>307</sup>.

Sobre a norma, se pode ter a verificação de constitucionalidade quanto à ação ou omissão estatal. Naquele caso o controle será realizado das normas efetivamente criadas. A inconstitucionalidade por omissão ocorre sobre os casos que requerem uma lei ou uma providência administrativa para efetivarem as previsões constitucionais, porém a máquina estatal permanece inerte<sup>308</sup>.

A Constituição Brasileira de 1988 admite as duas formas de inconstitucionalidade: conforme interpretação dos artigos 102, I, 'a', e III, 'a', 'b' e 'c', e 103, §§1º a 3º<sup>309</sup>.

Com respeito a norma ou ato inconstitucional (por ação) também se verifica seu aspecto formal e material. A primeira hipótese traduz-se no vício de forma, ou seja, quando não há observância das regras de elaboração do ato ou do procedimento legislativo<sup>310</sup>.

Este controle refere-se tão somente aos aspectos formais, portanto de feições técnicas, não observando o conteúdo da norma ou a substância do ato. Assim controlam-se as regras de competência para elaboração do ato ou apresentação do projeto de lei e os procedimentos de deliberação como, v. g., apresentação perante uma comissão, quórum de votação, sanção, promulgação, etc<sup>311</sup>.

O controle material verifica diretamente o conteúdo da norma ou a substância do ato interpretando a matéria presente na norma em consonância com a Constituição. Assim,

<sup>306</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 297.

<sup>307</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 25.

<sup>308</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 32. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 209.

<sup>309</sup> Rezam os artigos: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; [...] III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição”. BRASIL. Constituição Federal. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm#adct](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#adct). Acesso em: 19 ago 2013.

<sup>310</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 26.

<sup>311</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 298.

o controle material de Constitucionalidade é delicadíssimo em razão do elevado teor de politicidade de que se reveste, pois incide sobre o conteúdo da norma. Desce ao fundo da lei, outorga a quem o exerce competência com que decidir sobre o teor e a matéria da regra jurídica, busca acomodá-la aos cânones da Constituição, ao seu espírito, à sua filosofia, aos seus princípios políticos fundamentais<sup>312</sup>.

Reveste de importância no controle material a interpretação do julgador que se debruça sobre o conteúdo constitucional, seus princípios e vontades, para, neste aspecto, dar vida válida às normas infraconstitucionais.

É no controle material que a atividade jurisdicional terá ligação efetiva com o bloco de constitucionalidade, pois o conteúdo de um valor constitucional presente em uma norma externa servirá de base para controlar a substância das demais normas.

Independente da existência de inconstitucionalidade formal ou material, em todos os casos, teremos a invalidade da norma.

Em relação ao momento no qual o controle é realizado, existe aquele promovido antes da vigência da norma, que é o controle preventivo, e aquele realizado depois da vigência da norma ou ato, ou seja, o controle repressivo.

No controle preventivo o órgão impede que eventuais inconstitucionalidades na criação do ato sejam produzidas. Nesse controle evidenciada uma inconstitucionalidade cabe ao próprio órgão responsável eliminá-la, evitando eivar de vício de formalidade o ato que está sendo produzido<sup>313</sup>.

O controle repressivo é realizado quando a lei está em vigor e visa especificamente paralisar a eficácia da norma<sup>314</sup>. O ato é perfeito em sua formação, logo com eficácia jurídica e, assim, sofre exame sob a ótica constitucional, num processo de “aperfeiçoamento”<sup>315</sup>.

No Brasil o controle preventivo de constitucionalidade é promovido nas esferas dos poderes legislativo e executivo afastando-se do controle judicial que participa de forma repressiva no controle<sup>316</sup>.

<sup>312</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 299.

<sup>313</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 45.

<sup>314</sup> MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**: Garantia suprema da constituição. São Paulo: Atlas, 2000, p. 229.

<sup>315</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5º ed., Portugal: Livraria Almedina, 2002, p. 893.

<sup>316</sup> O STF tem admitido a possibilidade de realizar controle preventivo de constitucionalidade. A Corte tem conhecido mandados de segurança, requeridos por parlamentares, quando haja violação do processo legislativo, ou seja, somente quanto ao controle formal do ato. No Mandado de Segurança n. 32.033/DF encontramos os fundamentos: “CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DE PROJETO DE LEI. INVIABILIDADE. 1. Não se admite, no sistema brasileiro, o controle jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei (controle preventivo de normas em curso de formação). O que a jurisprudência do STF tem admitido, como exceção, é a legitimidade do parlamentar - e somente do parlamentar - para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos

Quanto ao sujeito responsável em promover o controle, este pode existir sobre dois aspectos: o controle político e o controle jurisdicional. Naquele caso a verificação da constitucionalidade é entregue a um órgão de natureza política, preferencialmente distinto dos três poderes ou promovido pelo poder legislativo<sup>317</sup>.

O fundamento do controle político reside na ideia lógica de que a Constituição é exercida no plano da vida, produzida com efeitos políticos e por meio de indivíduos políticos e, portanto, deve ter um órgão de mesma feição para controlar os atos subordinados<sup>318</sup>.

De outro turno o sistema jurisdicional é promovido estritamente pelo poder judiciário. Esta tese foi esposada na decisão do famoso caso *Marbury vs. Madison* no qual o juiz Marshal declarou que o ato incompatível com a Constituição é nulo e acarreta o desprovemento de sua força vinculativa, razão pela qual ninguém, nem o poder judiciário tem a obrigação de cumpri-lo, e ainda que cabe a este poder dizer o Direito, tendo legitimidade para declarar a inconstitucionalidade das normas<sup>319</sup>.

O sistema jurisdicional, por sua vez, se subdivide em um controle promovido por um único órgão de forma concentrada ou pelo exercido de forma expandida a todos os julgadores integrantes do Poder Judiciário (difuso)<sup>320</sup>.

No Brasil emprega-se o sistema jurisdicional tanto com seu controle concentrado quanto com seu controle difuso, utilizando um controle jurisdicional híbrido. Assim o Supremo Tribunal Federal promove, pela via abstrata, o controle concentrado e os juízes o controle difuso, por meio da via incidental<sup>321</sup>.

Sob qualquer um dos aspectos de controle de constitucionalidade, em todos eles encontramos a finalidade maior que é banir do ordenamento jurídico as normas que se apresentam dissonantes com o Texto Maior.

---

praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo (MS 24.667, Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ de 23.04.04). Nessas excepcionais situações, em que o vício de inconstitucionalidade está diretamente relacionado a aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa, a impetração de segurança é admissível, segundo a jurisprudência do STF, porque visa a corrigir vício já efetivamente concretizado no próprio curso do processo de formação da norma, antes mesmo e independentemente de sua final aprovação ou não [...]". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 32.033. Julgado em 20 de junho de 2013. Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS\\_32033.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS_32033.pdf). Acesso em 24 ago 2013.

<sup>317</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 301.

<sup>318</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.81.

<sup>319</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.83.

<sup>320</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 32. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 50-51.

<sup>321</sup> MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: Garantia suprema da constituição**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 230.

As normas constitucionais como um todo, incluindo as normas protetoras da pessoa humana, são normas irradiantes que promovem todo o ordenamento jurídico, obrigando-as a gravitar em torno de seus fundamentos sob pena de serem considerados nulos.

Assim, entra-se na seara principal deste trabalho que é compreender a implementação dos tratados internacionais a nível constitucional, considerando as normas de direitos humanos presentes nos tratados internacionais, formadoras do bloco de constitucionalidade, incluindo aquelas normas internacionais que foram aceitas antes da processualística legislativa do art. 5º, §3º da Constituição.

## CAPÍTULO III – A HIERARQUIA CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

### 3.1. OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS COMO NORMAS CONSTITUCIONAIS

Os debates entre a relação do direito internacional com o direito doméstico perdeu seu foco com a preocupação da comunidade internacional à proteção da dignidade humana. O valor da dignidade humana tornou-se o epicentro dos objetivos estatais e internacionais, configurando-se em núcleo comum dos sistemas.

O direito do estado, precipuamente o direito constitucional se abre ao direito internacional numa relação de interdependência, pois os sistemas se tornaram complementares entre si buscando nas normas um núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico.

Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho:

A abertura internacional significa que a afirmação do direito internacional é o direito do próprio país e o reconhecimento de alguns dos seus princípios ou regras são medidas de justiça que vinculam a própria ordem jurídica interna. Não há uma relação simples de troca de normas ou distinção, mas se fala de amizade para com o direito internacional, conduzindo, em último termo, à ideia de Estado internacionalmente limitado. A consideração de alguns princípios e regras de direito internacional como medidas de justiça justifica também o apelo ao princípio da interpretação em conformidade com os direitos do homem tal como eles se encontram plasmados nos grandes tratados do Direito internacional<sup>322</sup>.

A revolução mundial dos direitos humanos rompe com a tradicional soberania estatal e faz surgir campos de tensão formados por blocos políticos e econômicos de integração. A Constituição fechada em seu ordenamento interno enfrenta desafios doutrinários num mundo onde surgem fontes normativas que aspiram primazia de execução para protegerem direitos fundamentais, como o caso dos sistemas global e regional<sup>323</sup>. Nesta linha os tratados internacionais de direitos humanos merecem fundamental destaque nas relações com o direito interno, pois, modernamente, ingressam no ordenamento jurídico com grande propriedade chegando a serem explicitamente aceitas pela Constituição como normas de seu status.

Os direitos humanos são compreendidos por seu caráter de fundamentalidade que agregam à Constituição sua vontade primária. A fundamentalidade dos direitos humanos

<sup>322</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5º ed., Portugal: Livraria Almedina, 2002, p. 367.

<sup>323</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 87.

representa, como um todo, a máxima proteção à dignidade humana, inclusive por meio de normativas externas a Constituição.

Neste aspecto a fundamentalidade dos direitos humanos aponta para uma proteção formal e material. Na lição de Ingo Wolfgang Sarlet a fundamentalidade formal é ligada ao conceito de Constituição positivada e assume as características formais que uma Constituição possui sendo: (i) supremacia em relação a todo o ordenamento jurídico, (ii) rigidez para sua alteração, requerendo sempre o rito constitucional para modifica-los, ou mesmo a imutabilidade de retrocesso como o caso das cláusulas pétreas brasileiras; e (iii) aplicação imediata e vinculativa aos poderes públicos e a ordem jurídica como um todo<sup>324</sup>.

A fundamentalidade material está envolvida no conceito material de Constituição, vez que representa elemento inerente a vontade constitucional, formador da estrutura básica do Estado e da sociedade, permitindo ao texto constitucional manter-se continuamente vivo e adaptável a realidade que está inserido, por meio de ligações externas num processo de abertura constitucional<sup>325</sup>.

Ainda nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet:

Qualquer conceituação - e são inúmeras as definições que aqui poderiam ser citadas - de direitos fundamentais que almeje abranger de forma definitiva, completa e abstrata (isto é, com validade universal) o conteúdo material (a fundamentalidade material) dos direitos fundamentais está fadada, no mínimo, a um certo grau de dissociação da realidade de cada ordem constitucional individualmente considerada<sup>326</sup>.

A leitura constitucional não deve assentar somente em seu conteúdo estritamente formal, mas sim na “parte submersa e invisível das constituições, aquela que transcorre com toda a força e energia na ambiência sensível da vida”<sup>327</sup>. O intérprete deve encontrar o conteúdo da norma que está ligada à abertura constitucional, como foi o caso da Corte Constitucional Francesa que promoveu um elo de ligação do preâmbulo de uma Consituição para uma declaração de direitos humanos e para o preâmbulo de uma Constituição anterior.

<sup>324</sup> SARLET. Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 74-75.

<sup>325</sup> SARLET. Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 75.

<sup>326</sup> SARLET. Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 76.

<sup>327</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 85.

A fundamentalidade material dos direitos humanos exige que o intérprete entenda o conteúdo dos direitos humanos sob sua perspectiva aberta. Conforme lição de Clèmerson Merlin Clève, “deve ser lido não o que o discurso diz, mas o que deixa de dizer. Aqui, o controle da decisão judicial deve incidir sobre o que silencia e não apenas sobre o texto da decisão”<sup>328</sup>.

Com este conceito a análise detida do art. 5º, §2º somente remete a uma posição possível: que a ordem constitucional brasileira está aberta a novos direitos que assegurem a dignidade humana, e que o rol de direitos fundamentais presentes no texto constitucional não é taxativo, mas ampliativo. A norma esculpida no §2º representa a abertura constitucional promovida pelo constituinte brasileiro para indicar que as normas externas ao corpo do texto compõe o bloco de constitucionalidade dos direitos humanos.

A (re)leitura do §2º deve ser realizada para encontrar um caminho que não esteja ligado somente a norma formal mas sim vivificada pela história, encontrando na ordem constitucional não um Estado democrático de direito somente, mas sim um Estado constitucional cooperativo.

Conforme aponta Peter Haberle o Estado constitucional cooperativo é representado naquele Estado que se insere na ordem internacional em relações de interdependência com outros Estados, sob dois aspectos: o lado sociológico-econômico e o lado ideal-moral<sup>329</sup>.

O lado sociológico-econômico refere-se à globalização econômica que transpõe fronteiras estatais, tornando o globo um único centro econômico. Problemas econômicos sofridos no ocidente são sentidos no oriente e vice-versa. O desenvolvimento econômico de um país está interdependente com o progresso dos outros<sup>330</sup>.

O lado ideal-moral permeia a proteção dos direitos humanos como matéria que envolva a comunidade internacional como um todo num processo claro de integração. O Estado além de promover a defesa da dignidade humana, também é referência a outros Estados, cooperando na efetividade dos direitos humanos. Assenta na concepção de legitimar a ordem internacional por meio de uma sociedade aberta ao estrangeiro.

Peter Haberle resume:

---

<sup>328</sup> CLEVE, Clèmerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 45.

<sup>329</sup> HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 68-69.

<sup>330</sup> HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 68-69.

El estado constituyente cooperativo vive de necesidades de cooperación económica, social y humanitaria, así como, en lo antropológico, de la conciencia de la cooperación (internacionalización de la sociedad, de la red de datos, de la esfera pública mundial, de las manifestaciones con temas de política exterior, de la legitimación proveniente del exterior<sup>331</sup>.

Compreendendo a inserção do Estado brasileiro na sociedade internacional como um Estado constitucional cooperativo, a força normativa da Constituição somente alcançará sua máxima eficácia se contemplar as “concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas”<sup>332</sup> constitucionais.

De forma clara, se o Estado constitucional brasileiro consagra como fundamentos do país a dignidade da pessoa humana, regendo-se em suas relações internacionais, conforme o art. 4º da Constituição, com a “prevalência dos direitos humanos e a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade”<sup>333</sup> por certo que o sentido constitucional se assenta na aceitação dos tratados internacionais de direitos humanos como normas materialmente constitucionais.

O formalismo exacerbado do positivismo, que ainda mantém-se na interpretação constitucional brasileira, deve ser afastado para dar lugar à concepção humanitária de Constituição que afirma, em outros campos normativos, a proteção da dignidade humana.

A Constituição de 1988 afirmou a relação de cooperação com os Estados e renovou sua postura ao editar a emenda constitucional n. 45/04, que incluiu os §§ 3º e 4º ao art. 5º, no capítulo referente aos direitos fundamentais, indicando o caráter de constitucionalidade das normas, ante a expressa vinculação ao procedimento de emendas constitucionais e também pela aceitação da jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

A isso, soma-se o reconhecimento que o Estado fez pela competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a relativa atenção prestada no efetivo cumprimento das decisões proferida pela Corte<sup>334</sup>. Demonstrando observância do direito internacional como parte integrante do ordenamento jurídico.

<sup>331</sup> HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 69.

<sup>332</sup> HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 15.

<sup>333</sup> BRASIL. Constituição Federal. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm#adct](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#adct). Acesso em: 19 ago 2013

<sup>334</sup> Conforme os relatórios oficiais publicados pela Corte em seu sítio, das quatro condenações que o estado sofreu, somente uma foi encerrada, mas sem cumprimento integral ante a inviabilidade de investigação. Deve-se salientar, contudo, que as determinações objetivas da Corte para pagamento de indenizações, ressarcimento de custos e gastos e publicações das sentenças foram integralmente atendidas pelo Brasil e consideradas cumpridas pela Corte. A pouca atenção no cumprimento das decisões da Corte refere-se à parte subjetiva em que requer

Cita-se também a crescente participação do Brasil nos diversos tratados de direitos humanos após a Constituição de 1988, que reforçam a ideia de participação internacional do Estado, por meio da integração com a proteção humana. Flávia Piovesan é expressiva em enumerar referidos tratados:

O marco inicial do processo de incorporação de tratados internacionais de direitos humanos pelo Direito brasileiro foi a ratificação, em 1989, da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes. A partir dessa ratificação, inúmeros outros importantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos foram também incorporados pelo Direito Brasileiro, sob a égide da Constituição Federal de 1988. Assim, a partir da Carta de 1988, importantes tratados internacionais de direitos humanos foram ratificados pelo Brasil. Dentre eles, destaque-se a ratificação: a) da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989; b) da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28 de setembro de 1989; c) da Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990; d) do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992; e) do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992; f) da Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992; g) da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27 de novembro de 1995; h) do Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte, em 13 de agosto de 1996; i) do Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), em 21 de agosto de 1996; j) da Convenção Interamericana para Eliminação de todas as formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência, em 15 de agosto de 2001; k) do Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional, em 20 de junho de 2002; l) do Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, em 28 de junho de 2002; m) do Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre o Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados, em 27 de janeiro de 2004; n) do Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre Venda, Prostituição e Pornografia Infantil, também em 27 de janeiro de 2004; e o) do Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura, em 11 de janeiro de 2007<sup>335</sup>.

A participação mais efetiva do Brasil na defesa dos direitos humanos somente ocorrerá pela integração constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos como efetivas normas constitucionais.

A propósito, aduz Valério de Oliveria Mazzuoli que “são várias as constituições de países latino-americanos que, seguindo a tendência mundial de integração dos direitos humanos ao direito interno, incorporaram em seus respectivos textos regras bastante nítidas sobre a hierarquia desses instrumentos nos seus ordenamentos internos”<sup>336</sup>.

---

obrigações legislativas, de investigação ou políticas. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Mapa Interativo dos casos envolvendo o Brasil. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/index.php/es/mapa-interactivo>. Acesso em 28 jan 2014.

<sup>335</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 456.

<sup>336</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 793.

### 3.2. OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS COMO NORMAS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO COMPARADO

Antes de entender a relação dos tratados internacionais de direitos humanos com a constituição no direito comparado, deve-se indicar que foram eleitos países latino-americanos, por possuírem um processo de formação das atuais constituições democráticas, após a passagem dos regimes ditatoriais, chamados de justiça de transição.

O Centro Internacional para a Justiça de Transição (ICTJ) compreende o termo como:

“La justicia transicional es el conjunto de medidas judiciales y políticas que diversos países han utilizado como reparación por las violaciones masivas de derechos humanos. Entre ellas figuran las acciones penales, las comisiones de la verdad, los programas de reparación y diversas reformas institucionales.”<sup>337</sup>.

Considerando que os regimes democráticos, e conseqüentemente suas constituições, são recentes, se comparadas aos regimes democráticos europeus ou da América do Norte, o estudo de como tais constituições se relacionam com os tratados internacionais mostra-se de vital importância, inclusive para compreender qual a abertura constitucional aos tratados internacionais, verificando se há similaridades ao processo brasileiro.

Todos os países estudados possuem economias em desenvolvimento que sofrem com a dependência internacional aos outros países, e que sua pobreza pode ser um fator de fechamento ao direito internacional<sup>338</sup>.

Disso resulta a importância do estudo do direito comparado destes países para compreender os diversos universos jurídicos, principalmente aqueles que possuem maiores afinidades estatais, jurídicas e econômicas, permitindo interpretar novas formas de integração entre os sistemas, promovendo o tratamento de institutos, como os tratados internacionais e os direitos humanos, evidenciado em todas as constituições.

A seqüência dos países apresentados foi propositalmente determinada conforme a cronologia de surgimento das constituições, para evidenciar se há mudanças no pensamento constitucional acerca da abertura do direito interno aos tratados internacionais, notadamente aos tratados internacionais de direitos humanos.

<sup>337</sup> CENTRO INTERNACIONAL PARA A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO. Disponível em: <http://www.ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional>. Acesso em 18 set 2013. O ICTJ tem participação no Brasil, Argentina, Colômbia, Guatemala e Peru.

<sup>338</sup> GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 363-415.

### 3.2.1. Paraguai

A história paraguaia mostra que o país sofreu com guerras e ditaduras militares. No final do século XIX, com a Guerra do Paraguai, e na década de trinta com a Guerra do Charco, o país teve sua economia dizimada, perdendo parte de sua população, território e economia.

A partir da década de quarenta, o país começou a sofrer uma série de ditaduras, que perduraram até a década de noventa. Em 1992 é aprovada a atual Constituição Paraguaia, que referenciava de forma exaustiva os direitos fundamentais entre seus artigos 1º e 136.

A Constituição do Paraguai, influenciada pela institucionalização da União Europeia, inseriu em seu texto o conceito do direito supranacional, sendo seguido posteriormente pela Argentina e a Bolívia<sup>339</sup>.

A interpretação da Carta Paraguaia aponta para a hierarquia superior dos tratados internacionais como normas acima das leis ordinárias. O art. 141<sup>340</sup> determina que os tratados serão integralizados ao direito doméstico, conforme aprovação pelo congresso e ratificação pelo presidente, ingressando no ordenamento com hierarquia acima das leis domésticas.

Tal interpretação é feita pelo comando do art. 137<sup>341</sup> que elenca a Constituição como norma máxima e na sequência indica serem os tratados internacionais normas acima do restante do ordenamento jurídico.

Além disso, o art. 145<sup>342</sup> da Constituição é claro em determinar que o Estado aceita um regime jurídico supranacional que garanta “la vigencia de los derechos humanos, de la

<sup>339</sup> MENDES, Gilmar. **Poder Judicial y Las Fuentes Normativas Internacionales de Derechos Humanos**. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/Palestra\\_Paraguay.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/Palestra_Paraguay.pdf). Acesso em: 27 set 2013.

<sup>340</sup> “Artículo 141.- DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES. Los tratados internacionales validamente celebrados, aprobados por Ley del Congreso, y cuyos instrumentos de ratificación fueron canjeados o depositados, forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determine el artículo 137”. PARAGUAI. Constitución de la República del Paraguay, 1992. Disponível em: <http://tsje.gov.py/constituciones.php>. Acesso em: 28 set 2013.

<sup>341</sup> Reza o art. 137: “Artículo 137 - DE LA SUPREMACIA DE LA CONSTITUCION. La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado” PARAGUAI. Constitución de la República del Paraguay, 1992. Disponível em: <http://tsje.gov.py/constituciones.php>. Acesso em: 28 set 2013.

<sup>342</sup> “Artículo 145 - DEL ORDEN JURIDICO SUPRANACIONAL. LA República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural. Dichas decisiones sólo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso”. PARAGUAI. Constitución de la República del Paraguay, 1992. Disponível em: <http://tsje.gov.py/constituciones.php>. Acesso em: 28 set 2013.

paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural”. Referido artigo aponta diretamente aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, integrando-os no ordenamento constitucional.

Quanto à denúncia de tratados, a Constituição foi explícita em apontar que os tratados internacionais de direitos humanos somente poderão ser denunciados após aprovação pelo procedimento concernente às emendas constitucionais. Da interpretação deste artigo verifica-se que o ingresso de um tratado de direitos humanos na ordem interna integra o rol de normas materialmente constitucionais, e que após seu ingresso, somente por um procedimento solene e rígido, nos moldes de uma emenda constitucional, poderá excluir tal preceito.

A interpretação de todos estes artigos conduz à conclusão que a Constituição do Paraguai entendeu que os tratados internacionais gerais possuem hierarquia acima das leis ordinárias e que as normas internacionais de direitos humanos situam-se no mesmo patamar que as normas constitucionais.

### 3.2.2. Argentina

A história política na Argentina, durante o século XX, foi marcada por grandes mudanças sociais, influenciadas pela violência de recorrentes golpes<sup>343</sup> de Estado, promovidos principalmente por poderes militares, que impulsionaram mecanismos estatais de enfrentamento daqueles que lhe eram contrários, utilizando-se de eliminações físicas, atentados e atos terroristas<sup>344</sup>.

Ocorreram também, de maneira extensa e sistemática, as detenções ilegais onde os indivíduos eram sequestrados, torturados e terminavam desaparecendo. As detenções sem controle judicial foram o modo com que se iniciaram os mecanismos de repressão contra os

---

<sup>343</sup> Cita-se os seguintes golpes sofridos pelo Estado Argentino: em 1930, pelo general José Félix Uriburu, em 1943 por meio do Grupo de Oficiais Unidos, liderados por Arturo Rawson; em 1955as Forças Armadas derrubam o governo de Juan Peron; em 1962 foi a vez do presidente Arturo Frondizi sofrer um golpe militar; em 1966 foi a vez do general Julio Alsogaray tomar o poder do estado; mais adiante entre os anos de 1976 a 1981 que a ditadura militar se auto intitulou “Processo de reorganização nacional” YACOBUCCI, Guillermo J. El Juzgamiento de las graves violaciones de los derechos humanos en la Argentina. In GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Crimes da Ditadura Militar: Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos**: Argentina, Brasil, Chile, Uruguai. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 22-34.; TRAVIESO, Juan Antonio. **Los Derechos Humanos en la Constitución de la República Argentina**. Editorial Buenos Aires:Argentina, 2000. p. 13-19.

<sup>344</sup> TRAVIESO, Juan Antonio. **Los Derechos Humanos en la Constitución de la República Argentina**. Editorial Buenos Aires:Argentina, 2000. p. 46-52.

indivíduos e representou um conceito de desaparecimento forçada de pessoas. Tal mecanismo foi aplicado em civis em geral, somando-se com crimes de execução e morte<sup>345</sup>.

Com a deterioração da situação política, econômica e social da ditadura militar, somados com as lutas internas, e a derrota militar nas ilhas Malvinas, se iniciou o novo período democrático, estendido até hoje, que teve seu ápice com a Constituinte de 1994<sup>346</sup>.

A Constituição da Argentina foi reformada em 22 de agosto de 1994 e refletiu o Estado democrático que vivenciava desde 1983. No que se refere aos tratados internacionais, o art. 31 da Constituição é irrefutável em expressar que os tratados internacionais representam leis supremas do Estado<sup>347</sup>.

Percebe-se que a ordem jurídica argentina dá preeminência ao direito internacional, pois coloca todos os tratados acima das normas infraconstitucionais, aceitando inclusive tratados em nível constitucional. A abertura constitucional argentina foi promovida pela atuação do governo, em conjunto com o interesse da população, que formaram uma cultura propensa aos ditames internacionais<sup>348</sup>.

Com a reforma constitucional de 1994, o constituinte entendeu que integram a Constituição os instrumentos internacionais de direitos humanos que haviam sido aceitos pelo Estado argentino, declarando inclusive que havia uma integração com as normas internacionais e a Constituição, sendo esta condição de vigência dos instrumentos internacionais<sup>349</sup>.

Guillermo J. Yacobucci, acerca da abertura argentina, indica:

Ese aspecto – ‘en las condiciones de su vigencia’ – fue asumido como indicativo de que la interpretación de esos tratados quedaba sujeta a lo que dijeran los órganos de aplicación correspondientes – de naturaleza internacional – y no a lo que evaluarán las

<sup>345</sup> YACOBUCCI, Guillermo J. El Juzgamiento de las graves violaciones de los derechos humanos en la Argentina. YACOBUCCI, Guillermo J. El Juzgamiento de las graves violaciones de los derechos humanos en la Argentina. In GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Crimes da Ditadura Militar: Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Derechos Humanos**: Argentina, Brasil, Chile, Uruguai. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 17.

<sup>346</sup> TRAVIESO, Juan Antonio. **Los Derechos Humanos en la Constitución de la República Argentina**. Editorial Buenos Aires:Argentina, 2000, p. 55.

<sup>347</sup> Apresenta o artigo: Artículo 31.- Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859. ARGENTINA. Constitución Nacional, 1853. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.ar/images/stories/constitucion-nacional-argentina.pdf>. Acesso em 25 jan 2014.

<sup>348</sup> GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 402.

<sup>349</sup> TRAVIESO, Juan Antonio. **Los Derechos Humanos en la Constitución de la República Argentina**. Editorial Buenos Aires:Argentina, 2000. p. 67.

autoridades judiciales argentinas. Esto significó un cambio de paradigma en cuanto a la comprensión del orden jurídico de la Argentina, brindó un gran impulso a la transformación de su cultura legal, posibilitó un instrumento axiológico, comunicativo y político para considerar las obligaciones del Estado Argentino frente a las graves violaciones de los derechos humanos y, en definitiva, abrió un canal de revisión respecto del statu quo a que había llevado las sucesivas leyes, amnistias e indultos concretados en el período democrático posterior a la dictadura militar.<sup>350</sup>

No artigo 75, item 22<sup>351</sup>, verifica-se que a Carta argentina diferenciou os tratados internacionais gerais dos tratados internacionais de direitos humanos. No caso de tratados internacionais gerais estipulou-se que eles possuem hierarquia superior as leis internas não sendo revogados por estas.

Aos tratados internacionais de direitos humanos, a Constituição ofereceu duas formas: a primeira estipulou um rol taxativo de normas internacionais que possuem hierarquia constitucional. São eles: A Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, incluindo seu Protocolo Facultativo; a Convenção sobre a Prevenção e a Sanção do Delito de Genocídio; a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, a Convenção contra a Tortura e outros

---

<sup>350</sup> YACOBUCCI, Guillermo J. El Juzgamiento de las graves violaciones de los derechos humanos en la Argentina. YACOBUCCI, Guillermo J. El Juzgamiento de las graves violaciones de los derechos humanos en la Argentina. In GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Crimes da Ditadura Militar: Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Derechos Humanos**: Argentina, Brasil, Chile, Uruguay. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 28.

<sup>351</sup> “**Art. 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 Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; 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. Sólo 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”. ARGENTINA. Constitución Nacional, 1853. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.ar/images/stories/constitucion-nacional-argentina.pdf>. Acesso em 25 jan 2014.

Tratos ou Penas Cruéis, desumanas ou degradantes e a Convenção sobre os Direitos da Criança<sup>352</sup>.

Aos outros tratados de direitos humanos, independentes se aceitos antes ou posterior a reforma de 1994, como segunda forma, eles deverão ser aprovados por 2/3 dos membros de cada câmara do Congresso Legislativo argentino para gozarem de hierarquia constitucional<sup>353</sup>.

Destaca-se que a Constituição argentina entende que a Declaração Universal dos Direitos do Homem é regra jurídica de status constitucional, demonstrando a importância que possui a norma *jus cogens*<sup>354</sup> à normativa interna. Para a Carta argentina todas essas normas internacionais não afastam as normas constitucionais de proteção da pessoa humana, mas são antes complementações a elas.

Da mesma forma que sua entrada, a processualística da denúncia dos tratados internacionais se diferenciam conforme a matéria do tratado. Àqueles que versam sobre matéria geral o chefe do executivo tem a prerrogativa de denunciá-los, sem a necessidade de aprovação do Poder Legislativo. Exceção a essa regra refere-se aos tratados de integração que deleguem competência ou criem organizações internacionais. Nesse caso, além da denúncia do chefe do executivo, é necessária a aprovação da maioria absoluta dos membros de cada casa legislativa<sup>355</sup>.

Aos tratados internacionais de direitos humanos a denúncia se opera somente após a aprovação da terça parte dos membros de cada Casa, enfatizando a diferença desses tratados na ordem constitucional argentina<sup>356</sup>.

<sup>352</sup> ARGENTINA. Constitución Nacional, 1853. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.ar/images/stories/constitucion-nacional-argentina.pdf>. Acesso em 25 jan 2014.

<sup>353</sup> ARGENTINA. Constitución Nacional, 1853. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.ar/images/stories/constitucion-nacional-argentina.pdf>. Acesso em 25 jan 2014.

<sup>354</sup> Valério de Oliveira Mazzuoli compreende o *jus cogens* como um conjunto de regras não convencionais imperativas, que se sobrepõem à vontade do Estado, não sendo derrocada por um tratado, costume ou pelos princípios gerais do direito internacional, senão por outra regra de mesma força. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito internacional Público**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 151. Os artigos 53 e 64 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados apresentam a interação desta norma internacional. Reza o artigo 53: “É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.” Já o artigo 64 fala: “Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se”. BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm). Acesso em: 20 dez 2013.

<sup>355</sup> Conforme art. 75, item 24 da Constituição. ARGENTINA. Constitución Nacional, 1853. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.ar/images/stories/constitucion-nacional-argentina.pdf>. Acesso em 25 jan 2014.

<sup>356</sup> ARGENTINA. Constitución Nacional, 1853. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.ar/images/stories/constitucion-nacional-argentina.pdf>. Acesso em 25 jan 2014.

Conforme observado o Estado argentino é amplamente aberto aos direitos humanos presentes em normas internacionais, aceitando de forma taxativa sua hierarquia constitucional, como também incluindo normas *jus cogens*, ampliando o contexto constitucional de proteção da dignidade humana.

### 3.2.3. Equador

A história do Equador assemelha-se a história da maioria dos países sul-americanos, pois ele também teve a influência de governos ditatoriais, que moldaram os jovens sistemas republicanos da maioria dos países latino-americanos.

O Equador, entre as décadas de quarenta e sessenta, no período pós guerra, elevou a sua produção agrícola, com destaque ao cultivo e a industrialização da banana<sup>357</sup>.

A Constituição equatoriana é uma das mais recentes no cenário da América do Sul, tendo sido aprovada em 28 de setembro de 2008, e entrado em vigor em 20 de outubro do mesmo ano, revogando a Constituição anterior de 1998.

Uma das principais contribuições dessa Constituição de 2008 foi a visão biocêntrica (ou ecocêntrica) que referencia o direito da natureza<sup>358</sup>. Em seu art. 71, a Constituição dispõe:

Art. 71. A natureza ou Pacha Mama, onde se reproduz e se realiza a vida, tem direito a que se respeite integralmente a sua existência e a manutenção e regeneração de seus ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos. Toda pessoa, comunidade, povoado, ou nacionalidade poderá exigir da autoridade pública o cumprimento dos direitos da natureza. Para aplicar e interpretar estes direitos, observar-se-ão os princípios estabelecidos na Constituição no que for pertinente. O Estado incentivará as pessoas naturais e jurídicas e os entes coletivos para que protejam a natureza e promovam o respeito a todos os elementos que formam um ecossistema<sup>359</sup>.

Quanto aos tratados internacionais, a Constituição equatoriana trouxe diversas normas sobre o tema chegando a destinar um capítulo específico a eles (capítulo segundo do título VIII). No art. 84<sup>360</sup> da Carta encontra-se a necessidade das leis infraconstitucionais

<sup>357</sup> AMBOS, Kai. MALARINO, Ezequiel. **Justicia de transición**. Fundación Konrad Adenauer:Uruguai, 2010. p. 185.

<sup>358</sup> Conforme matéria veiculada no site do Supremo Tribunal Federal Brasileiro. **A nova Constituição Equatoriana**. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalFoco&idConteudo=195972>. Acesso em 29 set 2013.

<sup>359</sup> EQUADOR. Constitución del Ecuador, 2008. Disponível em: [http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf). Acesso em 29 set 2013.

<sup>360</sup> “Art. 84.- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las

adequarem-se ao conteúdo previsto na Constituição e nos tratados internacionais que garantam direitos do ser humano, das comunidades, dos povos e das nacionalidades.

Mais a frente, no art. 425<sup>361</sup> a Carta referencia que os tratados internacionais gerais estarão acima das normas legais, no patamar entre as leis ordinárias e a Constituição, num caráter de supralegalidade. Quanto aos tratados internacionais de direitos humanos, o art. 417<sup>362</sup> é explícito em indicar que eles possuem hierarquia constitucional e ainda aplicabilidade direta. Além disso, o texto do art. 417 referencia de forma explícita a abertura do ordenamento constitucional aos tratados de direitos humanos e, por uma interpretação conjunta com o art. 424<sup>363</sup>, é possível a não aplicação da norma constitucional em detrimento de uma norma internacional sempre que esta se mostrar mais favorável à proteção dos direitos humanos.

Quanto à denúncia dos tratados a Constituição determinou em seu artigo 420<sup>364</sup> que a competência é do Presidente da República, mas que as matérias elencadas no art. 419<sup>365</sup>

comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”. EQUADOR. Constitución del Ecuador, 2008. Disponível em: [http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf). Acesso em: 29 set 2013.

<sup>361</sup> “Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos”. EQUADOR. Constitución del Ecuador, 2008. Disponível em: [http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf). Acesso em: 29 set 2013.

<sup>362</sup> “Art. 417.- Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución”. EQUADOR. Constitución del Ecuador, 2008. Disponível em: [http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf). Acesso em: 29 set 2013.

<sup>363</sup> Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”. EQUADOR. Constitución del Ecuador, 2008. Disponível em: [http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf). Acesso em: 29 set 2013.

<sup>364</sup> “Art. 420.- La ratificación de tratados se podrá solicitar por referéndum, por iniciativa ciudadana o por la Presidenta o Presidente de la República. La denuncia un tratado aprobado corresponderá a la Presidenta o Presidente de la República. En caso de denuncia de un tratado aprobado por la ciudadanía en referéndum se requerirá el mismo procedimiento que lo aprobó”. EQUADOR. Constitución del Ecuador, 2008. Disponível em: [http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf). Acesso em: 29 set 2013.

<sup>365</sup> “Art. 419.- La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que: 1. Se refieran a materia territorial o de límites. 2. Establezcan alianzas políticas o militares. 3. Contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley. 4. Se refieran a los derechos y garantías establecidas en la Constitución. 5. Comprometan la política económica del Estado establecida en su Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales. 6. Comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio. 7. Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional. 8. Comprometan el patrimonio natural y en especial el agua, la biodiversidad y su patrimonio genético”. EQUADOR. Constitución del Ecuador, 2008. Disponível em: [http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf). Acesso em: 29 set 2013.

precisariam da aprovação prévia da Assembleia Nacional. Ainda no art. 420 caso algum tratado seja ratificado pela iniciativa popular, a sua denúncia somente deve ocorrer por meio do mesmo processo.

A Constituição do Equador segue a tendência das novas Constituições que abrem-se ao direito internacional, entendendo que os tratados internacionais devem ser respeitados pelos países como normas obrigatórias, não sofrendo influência das normas internas e afastando a própria Constituição no caso de proteção mais efetiva no âmbito internacional.

A Constituição do equador demonstra claramente sua vontade de proteção dos direitos humanos, afastando sua soberania constitucional sobre aquela norma que referencie de forma mais efetiva a dignidade humana.

#### 3.2.4. Bolívia

A Constituição da Bolívia é a mais nova dentre as Constituições latino-americanas e como a Constituição argentina e equatoriana reflete significativa preocupação com a proteção humana. O Estado boliviano sofreu com inúmeros golpes de poder entre os anos de 1850 a 1950, massacrando a população, deixando-a empobrecida e fora da participação política<sup>366</sup>.

Em 1952, a população insurge contra o governo e retoma o poder por meio do Movimento Nacionalista Revolucionário (MNR), instituindo entre outros, o voto universal e a reforma agrária. Em 1964 o país sofreu novo golpe militar perdurando até 1982 quando o governo civil é retomado<sup>367</sup>.

Em 2005 Evo Morales, por meio de eleições diretas, assume o governo boliviano. Em janeiro de 2009 o país aprovou sua nova Constituição fundada sobre a nacionalização dos recursos, a reafirmação da cultura indígena e a proteção dos direitos do homem, fundamentos que marcaram o governo de Morales.

No que tange a relação internacional, a Constituição boliviana dedicou um capítulo especial, nos artigos 255 a 260, referenciando a diferença entre tratados internacionais de direitos humanos do restante dos acordos internacionais<sup>368</sup>.

A Constituição da Bolívia preocupou-se em dar atenção às relações internacionais, compreendendo que sua participação em tratados internacionais representa a vontade

<sup>366</sup> AMBOS, Kai. MALARINO, Ezequiel. **Justicia de transición**. Uruguai: Fundação Konrad Adenauer, 2010, p. 90.

<sup>367</sup> AMBOS, Kai. MALARINO, Ezequiel. **Justicia de transición**. Uruguai: Fundação Konrad Adenauer, 2010, p. 96.

<sup>368</sup> BOLÍVIA. Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolívia, 2009. Disponível em: <http://www.presidencia.gob.bo/documentos/publicaciones/constitucion.pdf>. Acesso em: 18 jan 2014.

soberana. No art. 255, item II, o constituinte elegeu um rol de onze princípios que regem a negociação, assinatura e ratificação dos tratados internacionais, com destaque a proteção dos direitos humanos, a defesa da biodiversidade, o respeito a população indígena e a cooperação e integração entre os Estados e os povos<sup>369</sup>.

O artigo 13, item III<sup>370</sup> e o artigo 256<sup>371</sup> da Carta Boliviana discorre que os tratados internacionais de direitos humanos possuem hierarquia superior às leis domésticas e são base de interpretação dos direitos e deveres dos direitos humanos presentes na Constituição.

Especialmente o artigo 256, item I, encontra-se previsão de cláusula de abertura as normas internacionais, determinando o afastamento da norma constitucional sempre que na norma internacional existirem direitos mais favoráveis à pessoa. Já no item II, se a norma constitucional for de melhor aplicação que o tratado internacional, para não ferir a obrigação internacional, o intérprete deve regular sua atuação.

Ao restante dos tratados internacionais sua entrada se dará no mesmo nível hierárquico que as normas ordinárias.

---

<sup>369</sup> “Artículo 255. I. Las relaciones internacionales y la negociación, suscripción y ratificación de los tratados internacionales responden a los fines del Estado en función de la soberanía y de los intereses del pueblo. II. La negociación, suscripción y ratificación de tratados internacionales se regirá por los principios de: 1. Independencia e igualdad entre los estados, no intervención en asuntos internos y solución pacífica de los conflictos. 2. Rechazo y condena a toda forma de dictadura, colonialismo, neocolonialismo e imperialismo. 3. Defensa y promoción de los derechos humanos, económicos, sociales, culturales y ambientales, con repudio a toda forma de racismo y discriminación. 4. Respeto a los derechos de los pueblos indígenas originarios campesinos. 5. Cooperación y solidaridad entre los estados y los pueblos. 6. Preservación del patrimonio, capacidad de gestión y regulación del Estado. 7. Armonía con la naturaleza, defensa de la biodiversidad, y prohibición de formas de apropiación privada para el uso y explotación exclusiva de plantas, animales, microorganismos y cualquier materia viva. 8. Seguridad y soberanía alimentaria para toda la población; prohibición de importación, producción y comercialización de organismos genéticamente modificados y elementos tóxicos que dañen la salud y el medio ambiente. 9. Acceso de toda la población a los servicios básicos para su bienestar y desarrollo. 10. Preservación del derecho de la población al acceso a todos los medicamentos, principalmente los genéricos. 11. Protección y preferencias para la producción boliviana, y fomento a las exportaciones con valor agregado”. BOLÍVIA. Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2009. Disponível em: <http://www.presidencia.gob.bo/documentos/publicaciones/constitucion.pdf>. Acesso em: 18 jan 2014.

<sup>370</sup> “Artículo 13[...] III. La clasificación de los derechos establecida en esta Constitución no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros. Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, 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 Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”. BOLÍVIA. Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2009. Disponível em: <http://www.presidencia.gob.bo/documentos/publicaciones/constitucion.pdf>. Acesso em: 18 jan 2014.

<sup>371</sup> “Artículo 256. I. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta. II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables”. BOLÍVIA. Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2009. Disponível em: <http://www.presidencia.gob.bo/documentos/publicaciones/constitucion.pdf>. Acesso em: 18 jan 2014.

A Constituição boliviana foi muito clara em apontar, no art. 260, que a denúncia dos tratados seguirá a processualística que o próprio tratado referencia e os princípios gerais do direito internacional, observando, contudo, a aprovação por maioria dos membros da Assembleia Legislativa Plurinacional<sup>372</sup>.

Importante destacar que a Constituição prevê a possibilidade da população participar da aprovação dos tratados internacionais, por meio de referendo popular, mediante requerimento de cinco por cento do eleitorado ou de trinta e cinco por cento dos membros da Assembleia Legislativa Plurinacional. Quando aprovados por esta regra contida no art. 259, o tratado somente poderá ser denunciado após novo referendo popular com tal finalidade<sup>373</sup>.

A Carta boliviana, além de conferir status constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, também cedeu sua soberania estatal à relação internacional que forneça melhor amparo à proteção humana.

A Constituição da Bolívia traz ainda, no art. 410, a supremacia da Constituição num conceito formal e também material, elegendo taxativamente as normas que compõe seu bloco de constitucionalidade. Assim pronuncia, item II, do artigo:

II. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales: 1. Constitución Política del Estado. 2. Los tratados internacionales. 3. Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena. 4. Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes<sup>374</sup>

Avaliando estes países, que possuem similaridades com a história brasileira, conclui-se que todos eles compreendem a importância dos tratados internacionais de direitos humanos, possuindo abertura às normas protetoras dos direitos humanos, normalmente caracterizando-as com status constitucionais.

Ressalte-se que todos estes países são participantes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e do Tribunal Penal Internacional, aceitando a jurisdição desses órgãos internacionais, com vivas mostras de integração entre a ordem doméstica com a internacional.

<sup>372</sup> BOLÍVIA. Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolívia, 2009. Disponível em: <http://www.presidencia.gob.bo/documentos/publicaciones/constitucion.pdf>. Acesso em: 18 jan 2014.

<sup>373</sup> BOLÍVIA. Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolívia, 2009. Disponível em: <http://www.presidencia.gob.bo/documentos/publicaciones/constitucion.pdf>. Acesso em: 18 jan 2014.

<sup>374</sup> BOLÍVIA. Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolívia, 2009. Disponível em: <http://www.presidencia.gob.bo/documentos/publicaciones/constitucion.pdf>. Acesso em: 18 jan 2014.

### 3.2.5. Outros países

Além dos países estudados também outros aceitam os tratados de direitos humanos como normas constitucionais como é o caso da Guatemala, que em seu art. 46 previu tal status:

Artículo 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<sup>375</sup>.

A Constituição do Chile prevê expressamente em seu art. 5º, segunda parte<sup>376</sup>, que a soberania do estado será limitada pelos tratados que o país participa e que os tratados internacionais possuem status constitucional, conforme a análise combinada dos artigos 54 e 66<sup>377</sup>.

Também a Constituição da Colômbia apresenta em seu art. 93 a relação com os tratados de direitos humanos:

ARTICULO 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>378</sup>.

<sup>375</sup> GUATEMALA. Constitución Política de la República de Guatemala, 1993. Disponível em: [http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/gtm/sp\\_gtm-int-text-const.pdf](http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/gtm/sp_gtm-int-text-const.pdf). Acesso em 18 jan 2014.

<sup>376</sup> Artículo 5º.- La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio. 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. CHILE. Constituição Política da República do Chile. 1980. Disponível em: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>. Acesso em 03 jan 2014.

<sup>377</sup> Prevê o art. 54: “Artículo 54.- Son atribuciones del Congreso: 1) Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórum que corresponda, en conformidad al artículo 66, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley”. O art. 66 por sua vez: Artículo 66.- Las normas legales que interpreten preceptos constitucionales necesitarán, para su aprobación, modificación o derogación, de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio. Las normas legales a las cuales la Constitución confiere el carácter de ley orgánica constitucional requerirán, para su aprobación, modificación o derogación, de las cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio. CHILE. Constituição Política da República do Chile. 1980. Disponível em: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>. Acesso em 03 jan 2014.

<sup>378</sup> COLOMBIA. Constitución Política da Colômbia. 1991. Disponível em: <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Documents/Constitucion-Politica-Colombia.pdf>. Acesso em: 04 jan 2014.

Ao final apresenta-se a Constituição venezuelana que traz em seu bojo um dos textos mais bem redigidos em favor dos direitos humanos, sendo categórica a eleição dos tratados referentes à proteção humana como normas constitucionais que prevalecem sob o texto constitucional quando mais favoráveis e também que esses tratados possuem aplicabilidade direta e imediata. Assim se pronuncia o art. 23 da Constituição da Venezuela:

Artículo 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 en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público<sup>379</sup>.

A relação que as Constituições do direito comparado concede aos tratados de direitos humanos, hierarquizando-os como normas de status constitucional, independente de sua processualística formal, como é o caso da Venezuela e da Bolívia, bem como a caracterização de um bloco de constitucionalidade desses tratados, demonstram que a integração e a cooperação do Estado com o direito internacional somente é possível se houver a predominância da defesa dos direitos humanos na esfera constitucional.

Soma-se a isto a atividade jurisdicional dos órgãos internacionais que multiplicam esforços na proteção da dignidade humana e que suas atividades e decisões devem servir de referencial ao ordenamento interno, onde o controle da convencionalidade das leis será fundamento para as decisões internas, inclusive para o controle de (in)constitucionalidade da atividade estatal.

### 3.3. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A luta entre a primazia de um sistema jurídico sobre outro perde força quando a norma em comento busca a proteção humana, solvendo-se um em abertura ao outro na busca da melhor norma de proteção.

De acordo com Antonio Augusto Cançado Trindade o direito internacional alarga seu paradigma de atuação, afastando-se do plano de divergência que centrou dualistas e monistas, entendendo que o indivíduo tem lugar de destaque em sua normativa e que os direitos

<sup>379</sup> VENEZUELA. **Constituição da República Bolivariana da Venezuela. 1999. Disponível em: [http://es.wikisource.org/wiki/Constituci%C3%B3n\\_venezolana\\_de\\_1999#T.C3.8DTULO\\_I.PRINCIPIOS\\_FUNDAMENTALES](http://es.wikisource.org/wiki/Constituci%C3%B3n_venezolana_de_1999#T.C3.8DTULO_I.PRINCIPIOS_FUNDAMENTALES)**. Acesso em: 04 jan 2014.

humanos permeiam todas as áreas da atividade humana independente se no plano interno ou internacional<sup>380</sup>.

Consoante determina o art. 27<sup>381</sup> da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, os estados participantes de um tratado são obrigados a cumprir os preceitos presentes naquela norma, não podendo se subsumir de tal obrigação invocando seu direito interno. Nesse sentido, se um tratado concede a um órgão internacional, como o caso da Corte Interamericana, o poder de interpretar suas regras, então o Estado-Parte está indubitavelmente cedendo sua soberania as decisões daquele órgão, obrigando-o a observar sua interpretação.

A observância interna dos tratados internacionais e das decisões dos órgãos referenciados por eles é obrigatória sob todas as leis internas, inclusive a Constituição no caso dos direitos humanos, sofrendo aquelas que são contrárias a incidência do controle de convencionalidade.

O termo controle de convencionalidade foi apresentado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, na decisão do caso Almonacid Arellano e Outros contra Governo do Chile. Para a Corte, “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella”<sup>382</sup>. Por consequência os tratados internacionais possuem força obrigatória, devendo os Estados velarem por seu cumprimento, e que eventuais normas contrárias deverão ser afastadas de imediato.

Assim, “el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”<sup>383</sup>. A decisão elucida ainda que o controle de convencionalidade compreende, neste sentido, além do tratado, as decisões que a Corte tomar porque é a intérprete final da Convenção Americana.<sup>384</sup>.

---

<sup>380</sup> TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de Direito internacional de Direitos Humanos**. Vol I, 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 40.

<sup>381</sup> “Artigo 27. Direito Interno e Observância de Tratados. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46”. BRASIL. Decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Convenção de Viena. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm). Acesso em: 15 fev. 2013.

<sup>382</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano e Outros contra Governo do Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf). Acesso em 28 ago 2013.

<sup>383</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano e Outros contra Governo do Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf). Acesso em 28 ago 2013.

<sup>384</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano e Outros contra Governo do Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de

Extraíndo a interpretação da decisão supra, conceitua-se “controle de convencionalidade” como o exercício de fiscalização das normas internas em detrimento das normas internacionais, afastando a aplicabilidade das normas internas que forem contrárias à norma internacional.

Alguns meses depois, a Corte Interamericana, no caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, voltou a conceituar o controle de convencionalidade das leis internas ante a normativa internacional, explicando que a aplicação do controle de convencionalidade deve ser feito de forma automática pelos órgãos do Estado e que,

[...] una vez fijado el “criterio de interpretación y aplicación”, éste sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico: a través de políticas, leyes, sentencias que den trascendencia, universalidad y eficacia a los pronunciamientos de la Corte constituida --insisto-- merced a la voluntad soberana de los Estados y para servir a decisiones fundamentales de éstos, explícitas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales<sup>385</sup>.

Ainda para a Corte, havendo interação interna de supremacia dos direitos humanos, o Estado deve realizar o seu próprio controle de convencionalidade sobre os atos subordinados, inclusive por meio de controles difusos, nos moldes do controle constitucional<sup>386</sup>.

No mesmo caso dos *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, na solicitação de interpretação da sentença, o então juiz Antonio Augusto Cançado Trindade pronunciou a interação do direito internacional com o interno em que os tratados de direitos humanos consagram uma ordem constitucional internacional. Em suas palavras:

De ese modo, se puede alcanzar un *ordre public* internacional con mayor cohesión de respeto a los derechos humanos. La "constitucionalización" de los tratados de derechos humanos, a mi juicio, acompaña, así, *pari passu*, el control de su convencionalidad. Y este último puede ser ejercido por los jueces de tribunales tanto nacionales como internacionales, dada la *interacción* entre los órdenes jurídicos internacional y nacional en el presente dominio de protección<sup>387</sup>.

---

2006. Serie C No. 154. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf). Acesso em 28 ago 2013.

<sup>385</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/jurisprudencia>. Acesso em: 07 jan 2014.

<sup>386</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/jurisprudencia>. Acesso em: 07 jan 2014.

<sup>387</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de

Em outra decisão, no caso *La Cantuta vs Peru*, a Corte explicou que uma sentença proferida teria o caráter de vincular todos os Estados-partes à sua decisão, não necessitando que o órgão fosse novamente acionado para decidir. Em outras palavras, proferido o entendimento da Corte sobre determinada matéria, sua observância deve ser prontamente efetivada pelos Estados, independente se participaram do contencioso ou não<sup>388</sup>.

Na forma da decisão:

No tendría sentido afirmar la “anticonvencionalidad” de la norma en una hipótesis particular y dejar incólume la fuente de violación para los casos que se presenten en el futuro. Lejos de establecer una garantía de no repetición --propósito crucial del sistema tutelar de los derechos humanos--, se estaría abriendo la puerta a la reiteración de la violación. Sería impracticable --y frustrante-- requerir nuevos pronunciamientos de la Corte Interamericana que abarquen y resuelvan una serie indefinida de casos de la misma naturaleza, llevados a la consideración de aquélla, uno a uno, con el propósito de obtener la respectiva declaratoria de “anticonvencionalidad”<sup>389</sup>.

Após essas decisões, inúmeros outros casos referenciaram a competência da Corte para promover o controle de convencionalidade, indicando também a necessidade dos Estados-partes de internamente promoverem tal fiscalização.

Já no ano de 2010 a Corte avaliou o caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* e indicou que a observância de um tratado deve ser realizado por todos e que todo órgão estatal deve realizar o controle de convencionalidade. A indigitada decisão ainda reforçou a aplicação deste controle por cortes constitucionais, citando como exemplo as decisões das Cortes da Costa Rica, da Bolívia, do Peru, da Argentina, da República Dominicana e da Colômbia<sup>390</sup>.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é exemplo vivo de um órgão que promove o controle de convencionalidade entre as leis e os atos estatais em face dos tratados sob sua regência. Aliás, é imperioso destacar que somente a Corte possui legitimidade para interpretar, em última instância, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos,

---

Noviembre de 2006. Serie C No. 158. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/jurisprudencia>. Acesso em: 07 jan 2014.

<sup>388</sup>CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/jurisprudencia>. Acesso em: 07 jan 2014.

<sup>389</sup>CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/jurisprudencia>. Acesso em: 07 jan 2014.

<sup>390</sup>CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/jurisprudencia>. Acesso em: 07 jan 2014.

comumente conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, e que, conforme as decisões citadas, também com relação aos instrumentos internacionais que derivem do sistema interamericano.

Por tal prerrogativa a Corte realiza o controle de convencionalidade sobre o ordenamento jurídico do Estado, devendo este também realizar o controle dos referidos tratados por meio de seus mecanismos próprios.

Nos dizeres de Flávia Piovesan: “as normas internacionais que consagram direitos e garantias fundamentais tornam-se passíveis de vindicação e pronta aplicação ou execução, ante o poder judiciário, na medida em que são diretamente aplicáveis”<sup>391</sup>.

A tratativa doméstica do controle de convencionalidade deve ser absorvida pelo controle de constitucionalidade, inclusive por sua forma abstrata e difusa, tornando-o mais robusto. Há portanto, uma ligação entre os tratados de direitos humanos com a característica de normas constitucionais, ante o conteúdo materialmente constitucional, sua necessidade de observância, inclusive quanto a interpretação dada pelos órgãos internacionais e a aplicação do controle de convencionalidade no âmbito interno.

#### 3.4. PROPOSTA DE IMPLEMENTAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Em síntese das ideias, os direitos humanos abrigam o critério de fundamentalidade no ordenamento jurídico e por isso são normas de parametricidade para regular as atividades do Estado, requerendo obrigatoriedade de seu cumprimento, sob pena do ato contrário sofrer controle judicial que o torne inválido.

A Constituição Brasileira de 1988 promoveu um verdadeiro campo de abertura dos direitos humanos, por meio de seu art. 5º, §2º, caracterizando que outras normas, externas ao texto formal, incluindo os tratados internacionais de direitos humanos, compreenderiam a substância material da Constituição, ou seja, seu bloco de constitucionalidade.

Compreende-se assim, contrário às conclusões do Supremo Tribunal Federal, que os tratados internacionais de direitos humanos, aceitos antes ou não da emenda constitucional n. 45/04, possuem status constitucional, em caráter de sua materialidade, pois refletem a vontade constituinte de proteção da dignidade humana.

---

<sup>391</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 110.

Diferente do que foi aceito pelo STF acerca da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, a cláusula de abertura constante no §2º, ao traduzir que a Constituição não exclui outros direitos “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, na realidade está a incluir estas normas para seu bloco.

Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] a já apontada não-taxatividade (no sentido de uma abertura material) do Catálogo de direitos fundamentais resulta inequivocamente, como bem lembrou Juarez Freitas, da circunstância de que o artigo 5º, § 2º, da CF, encerra uma autêntica norma geral inclusiva, impondo até mesmo o dever de uma interpretação sintonizada com o teor da Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>392</sup>.

Sob estas compreensões é possível determinar que há amparo para a interpretação dos direitos humanos presentes em normativas internacionais como normas constitucionais.

Mas como efetivar a constitucionalidade dos tratados de direitos humanos?

A resposta está na atuação decisiva do poder judiciário afirmando a preeminência dos direitos humanos presentes nos tratados internacionais, tomando posição definitiva de que a proteção da dignidade do homem é a finalidade precípua da Constituição.

Desta forma, o exercício do controle de constitucionalidade afirmando os tratados internacionais será a resposta mais rápida e eficiente para alçar a categoria suprema de proteção. Nisso resulta a implementação do controle de constitucionalidade que se abre aos direitos humanos presentes em normas externas ao corpo constitucional.

O controle de constitucionalidade deve ser implementado para afirmar categoricamente a observância das obrigações internacionais, das decisões pronunciadas pelos órgãos internacionais, principalmente as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Os juízes internos e principalmente a corte constitucional brasileira, devem reforçar o caráter de obrigatoriedade das decisões proferidas nos órgãos internacionais, por meio de um controle de constitucionalidade que assuma como sua a posição adotada nas cortes internacionais.

A visão de um Estado soberano, inatingível e desligado da ordem internacional, deve ceder lugar ao Estado cooperado, que é corresponsável com os outros Estados no cumprimento da proteção dos direitos humanos, servindo de parâmetro e apoio a consolidação da ordem global. Na concepção de Peter Habermas “aun que pueda haber aqui y allá estados

<sup>392</sup> SARLET, Ingo Wolf. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 83.

autoritários e totalitários en el mundo, el estado constitucional se encuentra en una comunidad responsable hacia sus semejantes con respecto al mundo y sus seres humanos”<sup>393</sup>.

A concepção kantiniana de um mundo cosmopolita sai do plano utópico para representar esperança e responsabilidade com a ordem internacional. Quão próximo o pensamento do filósofo ao mundo contemporâneo:

Ora, como se avançou tanto no estabelecimento de uma comunidade (mais ou menos estreita) entre os povos da Terra que a violação do direito num lugar da Terra se sente em todos os outros, a ideia de um direito cosmopolita não é nenhuma representação fantástica e extravagante do direito, mas um complemento necessário de código não escrito, tanto do direito político como do direito das gentes, num direito público da humanidade em geral e, assim, um complemento da paz perpétua, em cuja contínua aproximação é possível encontrar-se só sob esta condição<sup>394</sup>.

Há argumentos presentes em decisões já expostas pelo Supremo Tribunal Federal que tornam viável a aplicação da implementação do controle de constitucionalidade discorrida.

#### 3.4.1 Leitura valorativa da Constituição nos precedentes do STF

Em várias oportunidades a corte constitucional brasileira proferiu seu entendimento sobre a materialidade dos direitos humanos, citando a abertura do §2º do art. 5º, a vontade da constituição ou mesmo a existência de uma constituição invisível.

Em 2002 o STF julgou a ação direta de inconstitucionalidade n. 595/ES, de relatoria do Min. Celso de Mello, analisando o conceito de bloco de constitucionalidade, sua aplicabilidade e efeitos no controle de constitucionalidade.

Em razão do bloco de constitucionalidade, a decisão assim conceituou-a:

[...] dando ensejo à elaboração teórica do conceito de bloco de constitucionalidade (ou de parâmetro constitucional), cujo significado - revestido de maior ou de menor abrangência material - projeta-se, tal seja o sentido que se lhe dê, para além da totalidade das regras constitucionais meramente escritas e dos princípios contemplados, explícita ou implicitamente, no corpo normativo da própria Constituição formal, chegando, até mesmo, a compreender normas de caráter infraconstitucional, desde que vocacionadas a desenvolver, em toda a sua plenitude, a eficácia dos postulados e dos preceitos inscritos na Lei Fundamental, viabilizando, desse modo, e em função de perspectivas conceituais mais amplas, a concretização da ideia de ordem constitucional global<sup>395</sup>.

<sup>393</sup> HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 76.

<sup>394</sup> KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua: Um projecto filosófico**. Trad. Artur Morão. 1795, p. 22.

<sup>395</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 595/ES. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em :[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo258.htm#ADIn: Bloco de Constitucionalidade \(Transcrições\)](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo258.htm#ADIn: Bloco de Constitucionalidade (Transcrições)). Acesso em: 08 jan 2014.

Transcreve o Ministro Celso de Mello que em sede de controle de constitucionalidade o entendimento do que seria a vontade constitucional deve ser avaliada em razão de um critério histórico-temporal, considerando a norma constitucional material em razão do momento histórico que ela configura parâmetro às demais normas<sup>396</sup>.

Isso significa, portanto, que, em sede de controle abstrato, o juízo de inconstitucionalidade há de considerar a situação de incongruência normativa de determinado ato estatal, contestado em face da Carta Política (vínculo de ordem jurídica), desde que o respectivo parâmetro de aferição ainda mantenha atualidade de vigência (vínculo de ordem temporal)<sup>397</sup>.

No julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n. 939-7/DF, no ano de 1993, o Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello refutou que os direitos fundamentais não estão esgotados no rol do art. 5º, mas também em outros artigos da Constituição que consagram princípios e garantias do cidadão<sup>398</sup>.

Cita o Ministro Marco Aurélio que “o diploma maior admite os direitos implícitos, os direitos que decorrem de preceitos nela contidos e que, portanto, não estão expressos”<sup>399</sup>.

Em argumentos do Ministro Celso de Mello a referida decisão também entendeu que a emenda constitucional pode sofrer controle de constitucionalidade ante a previsão material da Constituição prevista nas cláusulas pétreas. Elucida o Ministro Celso de Mello que a Constituição estipulou matérias que seriam abrangentes de seu corpo material e que por isso não poderiam ser restringidas, sequer pelo poder constituinte derivado<sup>400</sup>.

Esses argumentos reforçam que a Constituição possui elementos principiológicos que norteiam sua interpretação, sendo os direitos fundamentais um dos basilares. Em sede de implementação do controle de constitucionalidade, a possibilidade de um tratado afastar uma

<sup>396</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 595/ES. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em :[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo258.htm#ADIn: Bloco de Constitucionalidade \(Transcrições\)](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo258.htm#ADIn: Bloco de Constitucionalidade (Transcrições)). Acesso em: 08 jan 2014.

<sup>397</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 595/ES. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em :[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo258.htm#ADIn: Bloco de Constitucionalidade \(Transcrições\)](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo258.htm#ADIn: Bloco de Constitucionalidade (Transcrições)). Acesso em: 08 jan 2014.

<sup>398</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939-7. Rel. Min. Sydney Sanches. Julgado em 15 dez 1993. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590>. Acesso em: 22 jan 2014.

<sup>399</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939-7. Rel. Min. Sydney Sanches. Julgado em 15 dez 1993. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590>. Acesso em: 22 jan 2014.

<sup>400</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939-7. Rel. Min. Sydney Sanches. Julgado em 15 dez 1993. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590>. Acesso em: 22 jan 2014.

norma constitucional é possível, e mais viável em determinado ponto, desde que ocorra uma proteção mais efetiva<sup>401</sup>.

Em outro momento, no julgado do pedido liminar do Recurso Extraordinário n. 597.285/RS que discutia a constitucionalidade das cotas raciais, o Ministro Ricardo Lewandowski, relator do processo, para fundamentar sua decisão trouxe a baila uma decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª região, que tratava especificamente da inclusão da Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial como norma materialmente constitucional.

A decisão do Tribunal Regional bem configurou as linhas já explanadas ao apontar que o conceito de constituição material,

implica dizer que todos os tratados de direitos humanos são materialmente constitucionais e compõem, pois, o bloco de constitucionalidade, de forma que, por um lado, ampliam o núcleo mínimo de direitos e garantias constitucionalmente consagrados, adicionando novos princípios que equivalem às próprias normas constitucionais, como se nelas estivessem escritos, e, por outro lado, constituem o próprio parâmetro de controle de constitucionalidade, agora alargado, com os princípios implícitos<sup>402</sup>.

Junto com o RE 597.285/RS, foi julgado a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186, em que o Ministro Ricardo Lewandowski entendeu que as ações afirmativas das cotas raciais estão cingidas de constitucionalidade, e que integram uma vontade maior do Estado presente na constituição que é a promoção social e a redução da desigualdade social. Ao julgador as ações que visam reparar os disparates sociais representam a vontade constitucional de criar um Estado fraternal, nas balizas idealizadoras do preâmbulo. Em matéria de políticas afirmativas, salientou o julgador, a avaliação da constitucionalidade não pode ser realizada somente pela ótica de preceitos constitucionais inscrito no texto, “elas devem, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o

---

<sup>401</sup> O inverso também ocorre em muitos tratados que afastam para que outra norma de melhor eficácia se sobreponha. Cita-se como exemplos: A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, artigo 23; a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes que trouxe previsão de abertura no artigo 16, item 2; a Convenção sobre os Direitos da Criança, em seu art 41; a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, art. 4 item 4.

<sup>402</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível Nº 2009.72.00.000772-7/SC. ReL. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Disponível em: [http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro\\_teor.php?orgao=1&documento=3048045&termosPesquisados=cota/tratado/internacional](http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=3048045&termosPesquisados=cota/tratado/internacional). Acesso em: 15 jan 2014.

próprio Estado brasileiro, desconsiderando-se os interesses contingentes e efêmeros que envolvem o debate”<sup>403</sup>.

O caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510/DF, que discutiu a constitucionalidade das pesquisas médicas em células troncos referiu-se, por diversas vezes, ao valor moral presente na Constituição, que “qualifica ‘a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça’ como valores supremos de uma sociedade mais que tudo ‘fraterna’. O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal”<sup>404</sup>.

Para o Relator:

[...] a dignidade da pessoa humana é princípio tão relevante para a nossa Constituição que admite transbordamento. Transcendência ou irradiação para alcançar, já no plano das leis infraconstitucionais, a proteção de tudo que se revele como o próprio início e continuidade de um processo que desague, justamente, no indivíduo-pessoa<sup>405</sup>.

A decisão consolidou o entendimento, em sede de direitos humanos de que a dignidade da pessoa humana é o princípio fundante de todo o sistema e ponto de fundamento para a elaboração e interpretação das demais normas do sistema jurídico de um Estado<sup>406</sup>.

Em razões menores, mas não menos importantes, encontra-se também balizada a ideia de valor constitucional abrangente aos direitos sociais e as ações afirmativas, como o caso do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, RMS n. 26.071/DF, que o Ministro Carlos Ayres Britto ponderou:

[...] o preâmbulo da Constituição de 1988 erige a igualdade e a justiça, entre outros, “como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”, sendo certo que reparar ou compensar os fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica é política de ação afirmativa que se inscreve,

<sup>403</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 25 abr 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>. Acesso em: 28 jan 2014.

<sup>404</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510/DF. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Julgado em: 29/05/2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20%203510>. Acesso em: 16 jan 2014.

<sup>405</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510/DF. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Julgado em: 29/05/2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20%203510>. Acesso em: 16 jan 2014.

<sup>406</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510/DF. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Julgado em: 29/05/2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20%203510>. Acesso em: 16 jan 2014.

justamente, nos quadros da sociedade fraterna que a nossa Carta Republicana idealiza a partir de suas disposições preambulares<sup>407</sup>.

Todas as decisões encontram sua razão nos princípios fundamentais que a Constituição deseja. É buscar, em razões materiais, a fundamentalidade constitucional de uma determinada norma da conexão com todos os princípios fundamentais. Assim não só o rol de direitos fundamentais presentes nos arts. 5º, 6º e 7º da Constituição constituirão como normas materialmente constitucionais, mas também, com idêntico status jurídico-constitucional, a cidadania, o pluralismo, os valores históricos e sociais, etc<sup>408</sup>.

Nas palavras de Paulo Schier:

Logo, verifica-se, em nosso sistema, também uma outra nova abertura para a definição de fundamentalidade de direitos. Abertura que, diga-se de passagem, permitirá a adoção de uma dinâmica mais adequada dos direitos fundamentais, eis que poderá autorizar a projeção do conceito de fundamentalidade a outros importantes aspectos da vida contemporânea. Novos direitos fundamentais sociais poderão ser desenvolvidos não sob a égide da dignidade da pessoa humana mas, sim, pelo manto da cidadania. Outros novos direitos, sociais ou individuais, na tradicional classificação, poderão emergir da vinculação aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Isso tudo possibilitará que se poupem esforços teóricos muitas vezes inconsistentes para demonstrar a vinculação de certos direitos sociais fora do catálogo, na constituição ou em tratados internacionais, com a dignidade da pessoa humana<sup>409</sup>.

A identificação da abertura constitucional às normas que compõe o bloco de constitucionalidade, e que serão parâmetros de controle das normas infraconstitucionais, somente encontrará reforço na atividade do intérprete constitucional. Urge a necessidade de implementação do controle de constitucionalidade em razão dos fundamentos constitucionais, buscando nos diversos instrumentos normativos, notadamente nos tratados internacionais de direitos humanos, a máxima efetividade.

Mas não trata de uma interpretação desvirtuada das peculiaridades brasileiras. Trata-se, antes de tudo, identificar nesse processo de controle, como os *leading cases* mostraram, a melhor argumentação ao desejo da Constituição e do Estado como um todo.

---

<sup>407</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 26.071. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506599>. Acesso em: 16 jan 2014.

<sup>408</sup> SCHIER, Paulo Ricardo Schier. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo**. Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 4, out-dez 2005, Salvador, p. 12. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005-PAULO%20SCHIER.pdf>. Acesso em: 27 dez 2013.

<sup>409</sup> SCHIER, Paulo Ricardo Schier. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo**. Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 4, out-dez 2005, Salvador, p. 12. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005-PAULO%20SCHIER.pdf>. Acesso em: 27 dez 2013.

Os direitos humanos deverão ser interpretados sob a pluralidade que permeia a sociedade brasileira, construindo uma concepção dos princípios fundamentais da Constituição por meio do processo que melhor representa a sua supremacia formal e material: o controle de constitucionalidade.

A leitura da constituição, sob o controle de sua supremacia, deve observar a pluralidade brasileira, de forma aberta a novos direitos que melhor expliquem a vontade constitucional. Nas palavras de Peter Häberle:

A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elenco da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade. Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade<sup>410</sup>.

Os tratados internacionais de direitos humanos ocupam lugar singular no Estado constitucional cooperativo, porque reforçam a proteção dos direitos humanos, formando, junto a constituição um bloco principiológico que norteará a atividade do país no plano interno e internacional, influenciando as demais soberanias na proteção do ser humano.

As decisões dos sistemas de proteção dos direitos humanos, como o Sistema Global de Direitos Humanos e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, implementam a atividade jurisdicional interna e devem ser respeitadas em todos os aspectos, inclusive como fonte de fundamento para a aplicação dos direitos humanos.

É a implementação do controle de constitucionalidade pela hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. Essa atividade jurisdicional, em tempo de ativismo judicial, mostra-se como uma solução desejável para proporcionar maior amplitude à proteção dos direitos fundamentais.

Conforme a lição de Áureo Simões Neto:

O poder de reforma do § 2º do art. 5º da CF/88 declara que os direitos e as garantias constitucionais não se olvidam dos demais direitos e garantias que porventura, se encontrem nos instrumentos internacionais. Os tratados de direitos humanos são prioritariamente, tratados de cunho principiológico, que visam garantir os direitos dos indivíduos frente aos estados, estando inequivocamente aptos à inclusão (ou aptos a não exclusão) expressa no § 2º do art. 5º<sup>411</sup>.

<sup>410</sup>HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997, p. 13.

<sup>411</sup>NETO, Áureo Simões. **A Recepção Constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos**. Revista Direitos Fundamentais e Democracia. Vol. 05, 2009. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/221/214>. Acesso em: 25 jan 2014.

Encontrar a solução da (in) constitucionalidade da norma vai requerer do intérprete a atuação frente aquilo que está implícito na norma, não como na tarefa simples de hermenêutica, pois, conforme Paulo Schier, isso já representa por si o trabalho do intérprete. Consiste em buscar como tanta vezes citou a vontade de uma constituição cooperativa com o direito internacional.

A atividade de controle judicial, concreto ou abstrato, nas palavras de Paulo Gustavo Gonet Branco, Inocêncio Mártires Coelho e Gilmar Ferreira Mendes, “não se procede a um simples contraste entre a disposição do direito ordinário e os preceitos constitucionais. Ao revés, também aqui fica evidente que se aprecia a relação entre lei e o problema que se lhe apresenta em face do parâmetro constitucional”<sup>412</sup>.

O controle constitucional exercido pelos tribunais transforma o sentido da constituição, dando vida aos princípios constitucionais. Nas palavras de Francisco Campos:

O poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la. A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la (...). Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte<sup>413</sup>.

Em outros termos, a aferição do que compreende a constituição como normas de proteção dos direitos humanos, englobando os tratados internacionais regentes da matéria, será possível de forma mais completa com a atividade jurisdicional do tribunal constitucional.

---

<sup>412</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1126-1127.

<sup>413</sup> *Apud*. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343. Relator Min. Cezar Peluso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em 29 ago 2013.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo principal analisar os tratados internacionais de direitos humanos sob a luz da ordem constitucional, tentando encontrar a solução para maior amplitude dos direitos humanos e da vontade constitucional.

Desta forma, como apresentou o introito titular, caminhou-se para provar a necessária constitucionalização dos tratados internacionais de direitos humanos, de forma a efetivar a vontade constitucional que reside no ser humano como um fim em si mesmo.

Pode-se concluir que:

1. As relações entre o direito interno e o internacional no início do século XX formaram duas doutrinas que tentavam explicar essa relação: a teoria monista e a teoria dualista. Para os doutrinadores da primeira tese, o ordenamento jurídico é único e entre as duas ordens, interna e internacional, há uma convivência conjunta, solucionando a hierarquia entre as normas, por vezes com primazia do interno e outra com primazia do internacional. Já a doutrina dualista entende que as duas ordens são distintas entre si, razão pelo qual não existe hierarquia, nem conflito.

2. Sob o manto das duas teorias o STF julgou, em 1977, um conflito entre a ordem interna e um tratado internacional, firmando o entendimento de que os tratados internacionais possuíam hierarquia ordinária, independente da matéria que continham.

3. A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu art. 5º, §2º uma cláusula de abertura aos tratados internacionais de direitos humanos e, posteriormente, pela EC n. 45/04, incluiu o §3º que exigiu a processualística das emendas constitucionais para ingressarem no ordenamento jurídico com status constitucional.

4. O STF, analisando novamente um conflito entre uma norma internacional com o ordenamento interno, entendeu que a visão constitucional de proteção dos direitos humanos do mundo contemporâneo requer uma visão integrada com os tratados internacionais. A Corte estabeleceu uma nova hierarquia aos tratados de direitos humanos, situando-os num plano supralegal, isto é, acima das leis ordinárias, mas abaixo da Constituição.

5. Em ideia contrária, evidenciou-se que os tratados internacionais de direitos humanos são normas materialmente constitucionais porque apresentam teor finalístico das constituições, principalmente aquelas produzidas no pós grande guerra mundial.

6. Ao estudar as normas materialmente constitucionais encontrou-se o conceito de bloco de constitucionalidade formado na Corte Constitucional Francesa, na década de setenta,

e que compreende toda a norma externa ao texto constitucional que é alçada a nível constitucional em razão da matéria que representa a vontade constitucional.

7. O bloco de constitucionalidade formado por normas externas ao seu texto promovendo uma abertura constitucional, retirando o texto constitucional de sua forma estanque para ingressar num desenvolvimento evolutivo, não só do interno para o externo, mas do externo para o interno também.

8. Compreendeu-se que uma das principais vontades da Constituição é a efetividade dos direitos humanos, englobando eles, portanto, o bloco de constitucionalidade. Os tratados internacionais assumem, por essa linha, o status constitucional em razão da matéria ventilada em seu texto.

9. Sobre a constitucionalidade dos tratados de direitos humanos, vários países aceitam tal hierarquia, principalmente nas constituições mais modernas que apresentam explicitamente a abertura ao direito internacional de proteção da dignidade humana, como o caso da Argentina, do Equador e da Bolívia.

10. Possuindo o caráter de constitucionalidade, os tratados de direitos humanos tornam-se normas com fundamentalidade e parametricidade ao ordenamento jurídico infraconstitucional, porque a Constituição possui supremacia formal e material em relação às demais normas. A feição constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos oferece subsídios aos demais atos infraconstitucionais de encontrarem esses atos internacionais sua condição de validade jurídica.

11. Sendo condição de validade jurídica e possuindo a norma internacional outros mecanismos e órgãos de interpretação, então a interpretação do ordenamento jurídico deve levar em conta também as decisões proferidas por órgãos internacionais que o país se submeteu.

12. O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, como organismo internacional de proteção dos direitos humanos, trouxe em suas decisões o conceito de controle de convencionalidade dos tratados, que se refere à observância das normas produzidas na seara internacional, hierarquicamente superior as demais, vinculando o Estado ao seu cumprimento.

13. O controle de convencionalidade também é realizado em razão da interpretação dada pelo órgão internacional de observância obrigatória aos Estados partes, complementando a importância dos tratados internacionais de direitos humanos na seara constitucional.

14. A compreensão dos tratados internacionais de direitos humanos como normas da Constituição Brasileira é a única via compreensível a um Estado que tem como

fundamento maior a proteção dos direitos humanos. A constitucionalização dos tratados internacionais de direitos humanos deve ocorrer por meio da atividade jurisdicional de controle de constitucionalidade, caminhando pela abertura do §2º, do art. 5º.

15. A leitura de uma Constituição aberta deve ocorrer pela atividade de seu controle, incluindo o controle de convencionalidade como sua atividade, que pode afirmar os valores contidos no texto constitucional, integrando os tratados e as decisões internacionais de direitos humanos nesse rol.

16. Por meio do controle de constitucionalidade, o STF deve incluir o Estado Brasileiro na seara do direito constitucional cooperativo de Peter Häberle, em que as ações do país são, antes de tudo, interpretadas no contexto global, possuindo responsabilidades e servindo de exemplo aos demais países.

**BIBLIOGRAFIA CONSULTADA**

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

ALVES, José Augusto Lindgren. **Relações Internacionais e Temas Sociais: A década das conferências**. Brasília: IBRI, 2001.

ANDRADE, Vieira de. Os Direitos Fundamentais no Século XXI. In PEREZ ROYO, Javier, et al., ed. – **Derecho Constitucional para el Siglo XXI**: Tomo I. Navarra : Aranzadi, 2006.

ARGENTINA. Constituição Federal. 1994. Disponível em: <http://www.presidencia.gob.ar/images/stories/constitucion-nacional-argentina.pdf>. Acesso em: 26 ago 2013.

ARIOSI, Mariangela de F. **As relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno**. Revista Jurídica Virtual, vol. 6, n. 63, agosto/2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_63/Artigos/Art\\_Mariangela.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_63/Artigos/Art_Mariangela.htm) Acesso em: 31 jul 2013.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Poder Constituinte**. Biblioteca do senado. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181226/000389578.pdf?sequence=3>. Acesso em: 23 fev 2013.

BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e possibilidades da constituição brasileira**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos, 6ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOSON, Gerson de Britto Mello. **Constitucionalização do Direito Internacional: Internacionalização do direito constitucional – direito constitucional internacional brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BRASIL. Constituição Federal. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm#adct](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#adct). Acesso em: 19 ago 2013.

BRASIL. Convenção Americana de Direitos Humanos - Decreto n. 678, 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm). Acesso em: 19 abr 2013.

BRASIL. Decreto n. 19.841/45. Obtido em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/D19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm). Acesso em: 18 jun 2013.

BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm). Acesso em: 20 dez 2013

BRASIL. Decreto n.º 7.304/2010. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7304.htm#art6](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7304.htm#art6). Acesso em: 28 jul 2013.

BRASIL. Planalto. Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo - Decreto n. 6.949, 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm). Acesso em: 14 fev. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível Nº 2009.72.00.000772-7/SC. Rel. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Disponível em: [http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro\\_teor.php?orgao=1&documento=3048045&termosPesquisados=cota|tratado|internacional](http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=3048045&termosPesquisados=cota|tratado|internacional). Acesso em: 15 jan 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 595/ES. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo258.htm#ADIn: Bloco de Constitucionalidade \(Transcrições\)](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo258.htm#ADIn: Bloco de Constitucionalidade (Transcrições)). Acesso em: 08 jan 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1480/DF. Relator Min. Celso de Mello, 1997. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=347083>. Acesso em 27 ago 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2240 BA, Relator: EROS GRAU, 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474616>. Acesso em 20 ago 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1588/UF, julgado em 11/04/2002. Rel. Min Celso de Mello. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=1668468>. Acesso em: 02 jan 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2240/BA, Rel. Min. EROS GRAU. Data de Julgamento: 08/05/2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474616>. Acesso em 20 ago 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510/DF. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Julgado em: 29/05/2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>. Acesso em: 16 jan 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 25 abr 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>. Acesso em: 28 jan 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Carta Rogatória n. 8.279/AT-Argentina, de 4 de maio de 1998. Rel. Min. Celso de Melo. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/clientes/dai/dai/teste>. Acesso em 20 mai 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 72.131/RJ. Relator Min. Celso de Mello, 1995. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>. Acesso em: 28 ago 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n.º 73.044-2/SP. Relator Min. Mauricio Correa, 1996. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74204>. Acesso em 27 ago 2013.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 9.1361, 2009. Relator: Min. Celso De Mello. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1231117>. Acesso em: 18 ago 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 20257/DF, 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85046>. Acesso em 24 ago 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus n. 79.785-7/RJ. 2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661>. Acesso em 29 ago 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 71.154/PR. Relator Min. Oswaldo Trigueiro, 1971. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=166999>. Acesso em: 26 ago 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 80.004/SE. Relator Min. Xavier de Albuquerque, 1978. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>. Acesso em 26 ago 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343. Relator Min. Cezar Peluso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em 29 ago 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 26.071. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506599>. Acesso em: 16 jan 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível Nº 2009.72.00.000772-7/SC. ReL. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Disponível em: [http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro\\_teor.php?orgao=1&documento=3048045&termosPesquisados=cota|tratado|internacional](http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=3048045&termosPesquisados=cota|tratado|internacional). Acesso em: 15 jan 2014.

BOLÍVIA. Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolívia, 2009. Disponível em: <http://www.presidencia.gob.bo/documentos/publicaciones/constitucion.pdf>. Acesso em: 18 jan 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 515.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5º ed., Portugal: Livraria Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”**. Trad. Fernando Sá. Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. – Vol. 1, n. 1, jan./mar. 1990.

CASELLA, Paulo Borba. **Fundamentos do Direito Internacional Pós-Moderno**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

CHILE. Constituição Política da República do Chile. 1980. Disponível em: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>. Acesso em 03 jan 2014.

CLEVE, Clemerson Merlin. **Para uma Dogmática Constitucional Emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

COLOMBIA. Constituição Política da Colombia. 1991. Disponível em: <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Documents/Constitucion-Politica-Colombia.pdf>. Acesso em: 04 jan 2014.

COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONDORELLI, Luigi. Fonti (Dir. Inter.). In: CATENACCI, Mauro; et al. **Dizionario di Diritto Pubblico**. vol III. Giuffré Editore, 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Mapa Interactivo dos casos envolvendo o Brasil. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/index.php/es/mapa-interactivo>. Acesso em 8 jan 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano e Outros contra Governo do Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf). Acesso em 28 ago 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/jurisprudencia>. Acesso em: 07 jan 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/jurisprudencia>. Acesso em: 07 jan 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/jurisprudencia>. Acesso em: 07 jan 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinião Consultiva OC 02/82. O efeito das reservas sobre a entrada em vigência da convención americana sobre derechos humanos. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/opiniones-consultivas>. Acesso em: 20 dez 2013.

COUTO, Estevão Ferreira. **A Relação entre o Interno e o Internacional: Concepções cambiantes de soberania, doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2012.

DEL' OMO, Florisbal de Souza. Os Direitos Humanos. In JUNIOR, Liers Pires Ferreira. MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de (Org.). **Direitos Humanos e Direito Internacional**. Curitiba: Juruá, 2009.

EQUADOR. Constitución del Ecuador, 2008. Disponível em: [http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf). Acesso em 29 set 2013. FAVOREU, Louis. RUBIO LLORENTE, Francisco. **El bloque de la constitucionalidad**. Sevilla: Editora Civitas, 1991.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucion: De la antigüedad a nuestros días**. Trad. Manuel Martinez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales: Revoluciones y doctrinas de las libertades**. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

FRAGA, Mirtô. **O Conflito entre Tratado Internacional e Norma de Direito Interno: Estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FRANÇA. Constituição Federal. 1958. Disponível em: [http://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/Ing/constitution-espagnol\\_juillet2008.pdf](http://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/Ing/constitution-espagnol_juillet2008.pdf). Acesso em: 28 dez 2013.

GABSCH, Rodrigo D'Araujo. **Aprovação Interna de Tratados Internacionais pelo Brasil: Possíveis opções para acelerar seu processo**. Brasília: FUNAG, 2010. p. 14.

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

GAVETTI, Erica Marta. Tratados Internacionais em Matéria Tributária. In D'ANGELIS, Wagner Rocha. **Direito Internacional do Século XXI: Integração, justiça e paz**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 324.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os Fundamentos da Ordem Jurídica**. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 112.

GUATEMALA. Constitución Política de la República de Guatemala, 1993. Disponível em: [http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/gtm/sp\\_gtm-int-text-const.pdf](http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/gtm/sp_gtm-int-text-const.pdf). Acesso em 18 jan 2014. HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HENDERSON, Humberto. **Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine**. Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/La%20importancia%20del%20princ%20ADpio%20pro%20homine.pdf>

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público**. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

JUNIOR, André Puccineli. **Curso de Direito Constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

KAI, Ambos. MALARINO, Ezequiel (Orgs). **Justicia de Transición**. Fundação Konrad Adenauer: Uruguai, 2010.

KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua: Um projecto filosófico**. Trad. Artur Morão. 1795.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 15ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 220.

MACEDO. Paulo Emílio Wauther Borges de. Comentários ao Artigo 27. In SALIBA, Aziz Tuffi (org). **Direito dos Tratados: Comentários à convenção de Viena sobre o direito dos tratados (1969)**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2001.

MARIAN, Brindusa. **The Dualist and Monist Theories: International law's comprehension of these theories**. Disponível em: [http://www.researchgate.net/publication/23954651\\_The\\_Dualist\\_and\\_Monist\\_Theories\\_International\\_Laws\\_Comprehension\\_of\\_these\\_Theories](http://www.researchgate.net/publication/23954651_The_Dualist_and_Monist_Theories_International_Laws_Comprehension_of_these_Theories). Acesso em: 31 jul 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 36.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Poder Legislativo e os Tratados Internacionais: O treaty-making power na Constituição Brasileira de 1988**. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Artigo\\_Poder\\_Legislativo\\_e\\_Tratados\\_Internacionais\\_Valerio\\_Mazzuoli.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Artigo_Poder_Legislativo_e_Tratados_Internacionais_Valerio_Mazzuoli.pdf). Acesso em 15 fev. 2013.

MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. Atualização do Direito dos Tratados. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. (Org.). **Desafios do direito internacional contemporâneo**. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2007.

MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. O Brasil e os Novos Desafios do Direito dos Tratados. In BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **O Brasil e os Novos Desafios do Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. **O Poder de Celebrar Tratados: Competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

MELLO, Celso D. Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MELLO, Celso D. Albuquerque. O parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MELLO, Vitor Tadeu Carramão. **O Bloco de Constitucionalidade como Parâmetro de Proteção dos Direitos Fundamentais**. Revista VoxJuris, ano 2, v. 2, 2009, p.131. Disponível em: [http://www.ugf.br/editora/pdf/voxjuris\\_2/artigo4.pdf](http://www.ugf.br/editora/pdf/voxjuris_2/artigo4.pdf). Acesso em 02 jan 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor (Instituto Brasileiro de Direito Constitucional), 1999.

MENDES, Gilmar. **Poder Judicial y Las Fuentes Normativas Internacionales de Derechos Humanos**. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/Palestra\\_Paraguay.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/Palestra_Paraguay.pdf). Acesso em: 27 set 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: Garantia suprema da constituição**. São Paulo: Atlas, 2000.

MORE, Rodrigo Fernando. **Fontes do Direito Internacional**. Disponível em: <http://more.com.br/artigos/fontes%20do%20direito%20internacional.pdf>. Acesso em: 28 jul 2013.

NETO, Áureo Simões. **A Recepção Constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos**. Revista Direitos Fundamentais e Democracia. Vol. 05, 2009. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/221/214>. Acesso em: 25 jan 2014.

NGUYEN QUOC, Dinh; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. 2. ed. Trad. Vítor Marques Coelho. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2003.

NUNES, Paulo Henrique Faria. **Direito Internacional: Introdução Crítica**. Goiânia: ASOEC, 2011.

OLIVEIRA, Ana Carolina Rezende. SILVA, Lucas Sávio Oliveira da. **O Sistema Brasileiro de Incorporação de Tratados e a Eficácia do Direito Internacional**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, n. 58, Belo Horizonte, jan/jun 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais**. 1986. Disponível em: [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXIII-3&chapter=23&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-3&chapter=23&lang=en). Acesso em: 20 fev. 2013.

PAIVA, Domingos Augusto. **O controle de constitucionalidade na França**. Revista do Senado, a. 36, n. 144, out/dez 1999. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/542/r144-14.PDF?sequence=4>. Acesso em 28 dez 2013.

PARAGUAI. Constitución de la República del Paraguay, 1992. Disponível em: <http://tsje.gov.py/constituciones.php>. Acesso em: 28 set 2013.

PECEQUILO, Cristina Soreanu. **Manual do Candidato – Política Internacional**. Brasília: FUNAG, 2012, p. 21.

PELLET, Alain. As Novas Tendências do DI – Aspectos Macrojurídicos. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **O Brasil e os Novos Desafios do Direito Internacional**. São Paulo: Forense, 2004.

PEREIRA, André Gonçalves. QUADROS, Fausto de. Manual de direito internacional público.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional Público e Privado**. 5ª ed. São Paulo: JusPodium, 2013.

POZZOLO, Susanna. DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico**: As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 21

PUCCINELI, André. **Curso de Direito Constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARLET, Ingo Wolf. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. Interpretação Constitucional , Pré-compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. BINENBOJM, Gustavo (coord.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os dois Lados da Moeda. In NETO, Cláudio Pereira de Souza. **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SATO, Eiiti. **Conflito e cooperação nas relações internacionais: as organizações internacionais no século XXI**. Rev. bras. polít. int., Brasília, v. 46, n. 2, dez. 2003.

Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-73292003000200007&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292003000200007&lng=pt&nrm=iso). Acesso em 13 jan. 2013.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional – construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo**. Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 4, out-dez 2005, Salvador, p. 12. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005-PAULO%20SCHIER.pdf>. Acesso em: 27 dez 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 32. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In. SILVA, Virgílio Afonso da (org). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Editores Malheiros, 2005.

TAVARES, Andre Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 133.

TRAVIESO, Juan Antonio. **Los Derechos Humanos en la Constitución de la República Argentina**. Editorial Buenos Aires: Argentina, 2000.

TRIEPEL, Karl Henrich. **Droit International et Droit Interne**. Paris, 1920.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Direito das Organizações Internacionais**. 3ª ed. Belo Horizonte; Del Rey, 2003.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Princípios do Direito Internacional Contemporâneo**. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1981.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos**. Vol I, 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos**. Vol III, 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. **O Soft Law como Fonte Formal do Direito Internacional Público**. 2003. Disponível em: <http://gedirj.files.wordpress.com/2009/06/o-soft-law-como-fonte-formal-do-dip.pdf>. Acesso em: 25 jul 2013.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Público**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

VELOSO, Pedro Augusto Franco. Efetivando o Sistema Interamericano: Os procedimentos para acionar a comissão interamericana de direitos humanos e o tramite até a corte. In OLIVEIRA, Marcio Luis de. **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos**

**Humanos: Interface com o direito constitucional contemporâneo.** Belo Horizonte; Del Rey, 2007.

VENEZUELA. **Constituição da República Bolivariana da Venezuela. 1999. Disponível em:**

[http://es.wikisource.org/wiki/Constituci%C3%B3n\\_venezolana\\_de\\_1999#T.C3.8DTULO\\_I.PRINCIPIOS\\_FUNDAMENTALES](http://es.wikisource.org/wiki/Constituci%C3%B3n_venezolana_de_1999#T.C3.8DTULO_I.PRINCIPIOS_FUNDAMENTALES). Acesso em: 04 jan 2014.

VIAMONTE, Carlos Sanchez. **O Poder Constituinte**, 1957,

VIEIRA. Oscar Vilhena. **A gramática dos direitos humanos.** Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília: ESMPU, ano I, n. 4, jul/set, 2002.

YACOBUCCI, Guillermo J. El Juzgamiento de las graves violaciones de los derechos humanos en la Argentina. In GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Crimes da Ditadura Militar: Uma análise à luz da jurisprudência atual da corte interamericana de direitos humanos: Argentina, Brasil, Chile, Uruguai.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.