

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
MONOGRAFIA DO CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO
DIREITO CONSTITUCIONAL

O controle de convencionalidade e o sistema brasileiro de controle de
constitucionalidade das leis: compatibilidade e adequação

Amanda Takai Rivellis

Matrícula: RA00053714

SÃO PAULO

2012

Amanda Takai Rivellis

O controle de convencionalidade e o sistema brasileiro de controle de
constitucionalidade das leis: compatibilidade e adequação

Monografia apresentada à Secretaria de
Monografias e Trabalhos da COGEAE/PUC-
SP, sob a orientação do Professor Dr. Luiz
Guilherme A. Conci.

São Paulo
2012

“A linguagem dos direitos tem indubitavelmente uma grande força prática, que é emprestar uma força particular às reivindicações dos movimentos que demandam para si e para os outros a satisfação de novos carecimentos materiais e morais; mas ela se torna enganadora se obscurecer ou ocultar a diferença entre o direito reivindicado e o direito reconhecido e protegido.”

(Norberto Bobbio, trecho do prefácio da sua obra “A Era dos Direitos”)

Agradeço aos meus pais pelo apoio incondicional nos estudos, à minha irmã Simone, companheira em todos os momentos, e à amiga Estela Takahashi, pelo incentivo e pelas dicas valiosas mesmo estando tão longe.

Índice

Introdução	5
1. As perspectivas dos Direitos Humanos na Era Contemporânea.....	7
1.1 A evolução dos Direitos Humanos após a II Guerra Mundial	10
1.2 A internacionalização dos Direitos Humanos	13
1.3 O princípio da dignidade da pessoa humana e sua importância para os Direitos Humanos.....	17
2. Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos	23
2.1 O tratamento constitucional dos Tratados no Brasil	23
2.2 Alguns princípios que regem as relações internas e internacionais sobre Direitos Humanos.....	25
2.3 Equiparação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ao status constitucional	28
3. O Controle de Constitucionalidade no Brasil	34
3.1 A sistemática de controle de constitucionalidade dos Tratados conforme o artigo 102, III, b da Constituição Federal e as possibilidades de controle das normas internas	36
3.2 A teoria do bloco de constitucionalidade.....	44
3.3 O controle de convencionalidade no Brasil – haveria um dever de controle?	45
Conclusão.....	54
Bibliografia.....	56

Introdução

Os instrumentos internos de controle positivados destinados a evitar os abusos do Estado, como a separação de poderes, a desconcentração espacial do poder por meio do federalismo, o sufrágio universal e o controle dos atos normativos e administrativos pelo judiciário (controle de constitucionalidade das leis), não são suficientes para garantir a proteção dos direitos humanos.

Por isso, em alguns episódios da história, observamos a tentativa das diversas nações de positivar em declarações, tratados e convenções os direitos mínimos de que toda pessoa humana deveria ser titular.

Assim, esses direitos são frutos de acordo entre os países, que se empenham para melhorar as condições de vida do ser humano, pois perceberam a insustentabilidade de se continuar a ignorar os danos irreversíveis de guerra após guerra. Compreendeu-se a completa irracionalidade de se perpetrar atrocidades contra a raça humana, que é una, e de se perpetuar preconceitos descabidos, sem qualquer fundamento lógico, científico ou jurídico.

Recentemente, o que se discute são as implicações da ratificação desses tratados de direitos humanos no direito interno de cada Estado, bem como o possível ajuste dessas normas jurídicas internas e internacionais no cotejo com os princípios da soberania e da supremacia da Constituição.

Cumprir destacar o fato de que a Emenda Constitucional 45 do ano de 2004 reacendeu o debate no Brasil ao inserir o parágrafo 3º no artigo 5º, o que fez surgir posições diversas sobre o tratamento dos tratados internacionais de direitos humanos no âmbito interno.

Resta patente, portanto, a relevância do tema delineado, que é de notória atualidade e de grande valia para o estudo do Direito Constitucional, que deve se pautar pela busca constante de idéias atuais, mas sempre com o respeito aos conceitos e idéias clássicas.

Importante para agregar ao debate é estar a par das decisões do STF e, assim, de

seu entendimento, principalmente no tocante aos direitos fundamentais. Além disso, o estudioso tem também a missão de sugerir novos direcionamentos, bem como eventualmente criticar determinadas posições em face dos novos rumos tomados devido à internacionalização dos direitos humanos.

Assim, pretende-se, com esse tema, abordar os aspectos da teoria do controle de convencionalidade recentemente trazida para o ordenamento jurídico brasileiro e discutir a sua efetividade e compatibilidade com o nosso sistema de controle de constitucionalidade das leis.

É óbvio, a despeito de toda relevância, que o tema gera um conflito no sistema jurídico vigente, cujo princípio seja o da supremacia da Constituição, a qual se encontra no topo da pirâmide de Kelsen. Esse impasse será oportunamente abordado.

Fazendo um breve esboço do rumo a ser seguido na análise do tema, tem-se que, inicialmente, no Capítulo 1, serão abordadas as perspectivas dos direitos humanos após a Segunda Grande Guerra, a internacionalização desses direitos, bem como o papel da teoria do princípio da dignidade da pessoa humana para a evolução dos direitos humanos.

Posteriormente, será feita uma análise do tratamento constitucional dos tratados internacionais no Brasil, especialmente os de direitos humanos, com a exposição dos princípios que regem as relações internacionais sobre as questões desses direitos, sendo que, ao fim do Capítulo 2, será sustentada a corrente que defende a equiparação dos tratados de direitos humanos às normas constitucionais.

O próximo e último passo será a apreciação do supramencionado controle de convencionalidade, com suas implicações e desdobramentos no controle judicial de constitucionalidade no Brasil. Será, outrossim, examinada a teoria do bloco de constitucionalidade, bem como o alargamento do parâmetro de controle das leis e atos infraconstitucionais, utilizando-se como exemplo, especialmente, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

1. As perspectivas dos Direitos Humanos na Era Contemporânea

A história relata que a Declaração de Independência dos Estados Unidos, ratificada no ano de 1776, foi o primeiro documento a positivar os princípios democráticos na história política moderna.

Foi uma importante inovação a divulgação de uma declaração dos motivos do ato de independência, por um “respeito devido às opiniões da humanidade”. Começou uma era na qual “juízes supremos dos atos políticos deixavam de ser os monarcas, ou os chefes religiosos, e passavam a ser todos os homens, indiscriminadamente”.¹

Em tal declaração, a soberania popular encontra-se intimamente ligada ao reconhecimento de direitos inalienáveis de todos os homens, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade.²

A importância histórica da Declaração de independência reside precisamente no fato de ter sido o primeiro documento político que reconhece a existência de direitos inerentes a todo ser humano, independentemente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social. A Europa Ocidental só veio positivar os direitos humanos, de forma a proclamar a democracia, na Revolução Francesa em 1789. Até então, a soberania competia legitimamente ao monarca.³

Não obstante o atraso em relação à democracia precursora nos EUA, a França alia aos elementos já invocados de liberdade e igualdade, um terceiro elemento que é a fraternidade ou solidariedade. A falta desse pilar, em virtude do profundo individualismo característico da sociedade americana, não constituiu obstáculo ao desenvolvimento da

¹ COMPARATO, Fábio Konder, A afirmação histórica dos direitos humanos, VI edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 2008, p. 106.

² Idem nota anterior.

³ COMPARATO, Fábio Konder, A afirmação histórica dos direitos humanos, p. 108.

prática associativa na vida privada, mas “se mostrou incompatível com a adoção de políticas corretivas das grandes desigualdades socioeconômicas”.⁴

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 traz, expressamente, no artigo 2 de seu texto, como direitos naturais e imprescritíveis do homem, a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

Também a Constituição Francesa de 1793 trouxe importantes inovações, como: o reconhecimento de que a soberania política pertence ao povo, com a abolição das diferenças de voto entre cidadãos; a proclamação de que a “lei deve proteger a liberdade pública e individual contra a opressão dos que governam” (art. 9º), sendo que todo aquele, contra o qual se pretender executar pela violência uma medida arbitrária, tem o direito de repeli-la pela força; a afirmação de que a insurreição do povo contra os governantes que violam os seus direitos é “o mais sagrado dos direitos e o mais indispensável dos deveres” (art. 35).

Durante muito tempo, vigeu, no plano internacional, a idéia de um direito absoluto de autodeterminação de cada Estado, o qual era, em princípio, o único sujeito de direito internacional.

Entretanto, o advento “da existência de regras que transcendem a vontade do Estado, tornando imperativa a sua observância”, causou o “estreitamento das relações internacionais e o reconhecimento da necessidade de proteção dos direitos humanos”, desaparecendo, assim, a plenitude do poder estatal e, de certa forma, mitigando o conceito de soberania.⁵

Ademais, se por um lado, ao firmar um compromisso com outros Estados, abre-se mão de um aspecto quantitativo de soberania⁶, por outro lado, pode-se dizer que esse

⁴ Idem nota anterior.

⁵ GARCIA, Emerson, Proteção Internacional dos Direitos Humanos – Breves Reflexos sobre os Sistemas Convencional e Não-Convencional, 2ª edição, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2009, p. 8.

⁶ Sobre esse assunto, Emerson Garcia leciona que “admitir limites à atuação do Estado (...) não significa necessariamente negar sua soberania”. Conforme o autor, “o aspecto quantitativo da soberania, mera projeção de sua feição qualitativa, pode sofrer limitações ou balizamentos sem que o conteúdo essencial do poder estatal seja comprometido. Em se tratando de proteção dos direitos humanos, o Direito Internacional não mais desempenha o papel de coordenador de individualidades iguais, absolutas e intangíveis, como eram

acordo, assinado e depois aprovado internamente pelo Legislativo, goza de caráter eminentemente democrático, na medida em que o conteúdo do tratado passa por um processo de internalização para adquirir executoriedade interna.

A antiga construção teórica do direito internacional “mostrou-se incompatível com o paulatino reconhecimento da condição de sujeitos de direito internacional a entes outros que não os Estados soberanos” ⁷, como as Organizações Internacionais e, mais modernamente, a própria pessoa humana, a qual é destinatária direta de diversas normas internacionais.

Nesse mesmo sentido, Carlos Weis assinala que “a internacionalização dos direitos humanos a partir de 1948 trouxe outros elementos a esse fenômeno, significando que as questões de direitos humanos já não mais estavam restritas à órbita interna dos Estados, mas delas passa a se ocupar o direito internacional público, no sentido de reconhecer um bem comum internacional, tendo nos direitos humanos um dos fundamentos para a paz. Como conclusão, os seres humanos passam a figurar como sujeitos de direitos no plano internacional.” ⁸

Como bem pondera o eminente Ministro Celso de Mello em importante voto no Recurso Extraordinário 466.343-1/SP, que será abordado ao longo deste trabalho, delineia-se, modernamente, “uma nova perspectiva no plano do direito internacional. É que, ao contrário dos padrões ortodoxos consagrados pelo direito internacional clássico, os tratados e convenções, presentemente, não mais consideram a pessoa humana como um sujeito estranho ao domínio de atuação dos Estados no plano externo”.

Dessa forma, para que o indivíduo possa efetivamente gozar da prerrogativa de ser sujeito de direito internacional, “é mister que lhe sejam conferidos direitos e lhe sejam proporcionados os meios e ações que os assegurarem.” ⁹

concebidos os Estados, o que necessariamente impõe o redimensionamento do clássico conceito de soberania”. Op. cit., p. 15.

⁷ GARCIA, Emerson, Op. cit., p. 7.

⁸ WEIS, Carlos, Direitos Humanos Contemporâneos, 2ª ed., Malheiros, p. 166.

⁹ GUERRA, Sidney, A proteção internacional da pessoa humana e a consolidação do direito internacional dos direitos humanos, *in*:

Se, por um lado, todos os Estados possuem os mesmos direitos e deveres perante a ordem jurídica internacional, fato preconizado pelos princípios da igualdade soberana e da não intervenção, insculpidos, aliás, na nossa Constituição Brasileira em seu artigo 4º, incisos IV e V; por outro lado, esse último princípio vem sendo mitigado exatamente pelo motivo de que os Estados, assumindo compromissos internacionais, especialmente no âmbito dos direitos humanos, estão, paulatinamente, abrindo mão da exclusividade de sua jurisdição soberana ao aderirem às jurisdições de tribunais internacionais.

Nesse sentido, assevera Emerson Garcia que “celebrados em grande número, os tratados de proteção dos direitos humanos, por imporem aos Estados a obrigação de respeito às pessoas submetidas à sua jurisdição, possuem uma natureza especial em relação aos tratados clássicos, que somente geravam obrigações entre os Estados-partes. Geram reflexos na ordem interna e, em caso de descumprimento, expõem o Estado à crítica e à repulsa internacionais, isto sem olvidar a possível existência de mecanismos sancionadores específicos previstos no respectivo tratado.”¹⁰

1.1 A evolução dos Direitos Humanos após a II Guerra Mundial

O processo de evolução dos direitos humanos deu importante passo no pós Primeira Guerra Mundial, com a assinatura do Tratado de Versalhes que dispunha sobre direitos de minorias e sobre a criação da Organização Internacional do Trabalho, cuja missão é promover oportunidades para que a pessoa humana tenha acesso a um trabalho decente e produtivo, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade.¹¹

A Carta da Organização Internacional do Trabalho declara em seu preâmbulo que as “Altas Partes Contratantes são movidas por sentimentos de justiça e humanidade” e que “uma paz universal e duradoura só pode ser fundada numa base de justiça social”.

http://www.unipli.com.br/direito/PASTAS_DOS_PROFESSORES/Marcio_Renan_/OS_DIREITOS_HUMANOS_NO_PLANO_INTERNACIONAL_sidneyguerra.pdf

¹⁰ Op. cit., p. 12.

¹¹ V. site: <http://www.oit.org.br>.

Foi, contudo, a partir das barbáries cometidas na Segunda Guerra Mundial que os direitos humanos passaram a se desenvolver com maior intensidade e veemência, constituindo efetiva internacionalização dos direitos humanos.

Nas palavras da eminente professora Flávia Piovesan, “se a segunda guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar sua reconstrução”.¹²

Ainda conforme ensinamentos da professora, após a Segunda Guerra, “a maciça expansão de organizações internacionais com propósitos de cooperação internacional” foi decisiva para o processo de internacionalização dos direitos humanos.¹³

Nesse sentido, a criação da Organização das Nações Unidas em 1945 teve um papel fundamental na expansão dos direitos humanos, trazendo profunda inovação no Direito Internacional tradicional, “ao tornar incontroverso que o tratamento dispensado pelos Estados às pessoas que se encontrem sob sua jurisdição, sejam nacionais ou estrangeiros, se submeteria às regras e aos princípios internacionais”.¹⁴

Já no preâmbulo da Carta das Nações Unidas consta que os povos das nações unidas estão resolvidos a “reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla.”¹⁵

¹² PIOVESAN, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 12ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2011, p. 176.

¹³ PIOVESAN, Flávia, *Op. cit.*, p. 184.

¹⁴ GARCIA, Emerson, *Op. cit.*, p. 23.

¹⁵ Eis o Preâmbulo da Carta das Nações Unidas: “NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla.”

Em sua obra, Emerson Garcia faz uma análise interessante do tema ao destacar que o “quadro de preeminência da soberania estatal, praticamente intangível até o início do século XX, passou a sofrer profundas modificações com o paulatino reconhecimento dos direitos humanos, o que se acentuou a partir do segundo pós-guerra com o aparecimento de inúmeros atos internacionais que exortavam a sua observância. A sedimentação desse quadro evolutivo permitiu que a proteção dos direitos humanos ultrapassasse uma dimensão de superposição aos contornos da soberania, domínio reservado à jurisdição interna, e se integrasse ao Direito Internacional, possibilitando a responsabilização dos Estados pelos ilícitos praticados.”¹⁶

Em seguida, outro instrumento de relevância ímpar foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a qual, a despeito da ausência de obrigatoriedade jurídica aos Estados subscritores, vez que não tem natureza jurídica de tratado ou convenção internacional, “reflete uma síntese axiológica dos direitos humanos reconhecidos pela consciência jurídica universal, o que lhe confere a imperatividade característica do *jus cogens*”.¹⁷

Apenas em 1966 começaram a ser assinados os pactos internacionais com caráter formalmente vinculativo, o que veio a reforçar o aparato jurídico internacional sobre direitos humanos.

Importa destacar também o fato de que há o sistema global de proteção dos direitos humanos, composto por diversas nações integrantes da ONU, bem como existem sistemas regionais de proteção, os quais se compõem, basicamente, da Europa, América e África. Cada uma dessas regiões apresenta um sistema próprio, com um aparato jurídico específico.

Esclarece a professora Piovesan que “os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas, ao revés, são complementares. Inspirados pelos valores e princípios da

¹⁶ Op. cit., p. XVII.

¹⁷ GARCIA, Emerson, Op. cit., p. 31.

Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos, no plano internacional.”¹⁸

Nesse contexto, a Convenção Americana de Direito Humanos, instituída pelo Pacto de San José da Costa Rica – “reiterando os grandes princípios generosamente proclamados pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e pela Carta da Organização dos Estados Americanos, reafirmou o propósito dos Estados americanos de fazerem consolidar, neste continente, ‘dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem’”.¹⁹

A Declaração de Viena, por sua vez, abrange conclames que “ênfatizam o compromisso solene de todos os Estados de promoverem o respeito universal e a observância e proteção de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais das pessoas, assegurando-lhes, para esse efeito, meios destinados a viabilizar o acesso à própria jurisdição de organismos internacionais.”²⁰

1.2 A internacionalização dos Direitos Humanos

Os direitos humanos internacionais são, marcadamente, produtos dos desígnios das nações de manter a paz mundial e elevar a condição humana a um patamar aceitável de sobrevivência e convivência.

Essas intenções das nações, no entanto, não são, de todo, tão modernas como, à primeira vista, parecem ser.

Já no Renascimento surgiram pensadores que defendiam o Jusnaturalismo inato em contraposição ao direito divino predominante na Idade Média. Pode-se citar Hugo Grócio, para quem há “direitos que são percebidos obviamente como direitos próprios da

¹⁸ PIOVESAN, Flávia, Op. cit., p. 310.

¹⁹ Trecho do voto do Min. Celso de Mello no RE 466.343-1/SP.

²⁰ Idem nota anterior.

condição humana”, de modo que os homens possuiriam direitos intransferíveis e inalienáveis.²¹

Outro pensador, seguidor do Jusnaturalismo inato, foi o alemão Samuel Pufendorf, considerado o “pai do direito internacional moderno”. Esse filósofo iluminista defende a universalidade e a inalienabilidade dos direitos da condição humana, capazes de “impor, de alguma forma, valores a serem observados e respeitados, intransponíveis pelos direitos formais e pela normatividade positiva dos códigos e sistemas de direito dos Estados modernos. Mais do que isso, esta é a possibilidade de se articular um discurso de direitos que se colocam acima de particularidades sociais, econômicas, políticas, religiosas, culturais; é o verdadeiro respaldo e legitimidade de relações supranacionais, como o internacionalismo latente e sempre procurado pela jusfilosofia política que procura em seus discursos a paz entre os povos e os Estados.”²²

Na famosa obra *A Era dos Direitos*, Norberto Bobbio relata que, para Kant, o homem está em constante progresso para o melhor. Um sinal é o entusiasmo que despertou na opinião pública mundial a Revolução Francesa, cuja causa só podia ser uma “disposição moral da humanidade”.²³

Analisa Bobbio que, partindo da definição do direito natural como o direito que todo homem tem de obedecer apenas à lei de que ele mesmo é legislador, Kant dava uma definição da liberdade como autonomia, como poder de legislar para si mesmo. “Uma vez entendido o direito como a faculdade moral de obrigar outros, o homem tem direitos inatos e adquiridos, e o único direito inato, ou seja, transmitido ao homem pela natureza e não por uma autoridade constituída, é a liberdade, isto é, a independência em face de qualquer constrangimento imposto pela vontade do outro, ou mais uma vez, a liberdade como autonomia.”²⁴

²¹ ROCHA, José Manuel de Sacadura, *Fundamentos de Filosofia de Direito*, editora Atlas, 2007, São Paulo, p. 58.

²² Idem nota anterior, p. 61.

²³ BOBBIO, Norberto, *A Era dos Direitos*, nova edição, Ed. Campus, Rio de Janeiro, 2004, p. 51.

²⁴ Idem nota anterior.

Ele, então, relaciona a “consciência moral” com a “formação e o crescimento da consciência do estado de sofrimento, de indignação, de penúria, de miséria, ou, mais geralmente, de infelicidade, em que se encontra o homem no mundo, bem como ao sentimento da insuportabilidade de tal estado”. Apesar da maior parte da história da humanidade ser caracterizada pela predominância de sofrimento e miséria, há que se admitir momentos de lucidez, como, “juntamente com os movimentos ecológicos e pacifistas, o interesse crescente de movimentos, partidos e governos pela afirmação, reconhecimento e proteção dos direitos do homem”.²⁵

Tais esforços para o bem nascem exatamente da consciência da insuportabilidade do estado de sofrimento em que o homem vive e da consequente tentativa de tornar o mundo menos hostil, por meio de instrumentos e regras de conduta que compõem o mundo da *cultura*, em oposição ao da *natureza*. Essas regras de conduta, que visam a reduzir os impulsos agressivos do homem mediante penas ou estimular os atos de colaboração com prêmios, mostram que o mundo moral nasce com a formulação, a imposição e aplicação de obrigações.

Contemporaneamente, a percepção jurídica do conceito de dignidade da pessoa humana, que ganhou estatura constitucional em inúmeras nações, passou a desempenhar o papel de justificativa moral e “fundamento normativo para os direitos fundamentais”.²⁶

Foi especialmente depois da Segunda Guerra Mundial, que “a dignidade da pessoa humana se tornou um dos grandes consensos éticos mundiais, servindo de fundamento para o advento de uma cultura fundada na centralidade dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Progressivamente, ela foi incorporada às declarações internacionais de direitos e às Constituições democráticas, contribuindo para a formação crescente de uma massa crítica de jurisprudência e para um direito transnacional, em que diferentes países se beneficiam da experiência de outros.”²⁷

²⁵ Bobbio, Norberto, Op. cit., p. 52.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto, *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

²⁷ Idem nota anterior.

Barroso magistralmente ensina que “são conteúdos mínimos da dignidade o valor intrínseco da pessoa humana, a autonomia da vontade e o valor comunitário. O *valor intrínseco* é o elemento ontológico da dignidade, traço distintivo da condição humana, do qual decorre que todas as pessoas são um fim em si mesmas, e não meios para a realização de metas coletivas ou propósitos de terceiros. (...) Do valor intrínseco decorrem direitos fundamentais como o direito à vida, à igualdade e à integridade física e psíquica. A *autonomia da vontade* é o elemento ético da dignidade humana, associado à capacidade de autodeterminação do indivíduo, ao seu direito de fazer escolhas existenciais básicas. (...) O *valor comunitário* é o elemento social da dignidade humana, identificando a relação entre o indivíduo e o grupo. Nesta acepção, ela está ligada a valores compartilhados pela comunidade, assim como às responsabilidades e deveres de cada um.”²⁸

É precipuamente esse valor comunitário que foi preponderante à construção do Direito Internacional dos Direitos Humanos, cujo escopo maior é a proteção do valor da dignidade da pessoa humana, como valor intrínseco que é.

Gilmar Mendes, em seu Curso, leciona que a tendência de universalização da proteção dos direitos humanos ganhou impulso com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a partir do que “seguiram-se várias convenções internacionais, de escopo mundial ou regional, acentuando a vocação dos direitos fundamentais de expandir fronteiras”.²⁹

A professora Flávia Piovesan entende a internacionalização dos direitos humanos como um processo histórico que culminou, no pós-segunda guerra, com a “necessidade de uma ação mais eficaz para a proteção dos direitos humanos”, pela “criação da sistemática normativa de proteção internacional, que faz possível a responsabilização do Estado no domínio internacional quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na tarefa de proteger os direitos humanos”.³⁰

²⁸ BARROSO, Luís Roberto, *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

²⁹ MENDES, Gilmar, *Curso de Direito Constitucional*, 5ª Ed., 2010, Editora Saraiva, p. 330.

³⁰ PIOVESAN, Flávia, *Op. cit.*, p. 177.

Continua a lecionar Piovesan, desta vez juntamente com o professor Roberto Dias, que o “processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção destes direitos. Este sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos, na busca da salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos – do ‘mínimo ético irreduzível’”.³¹

O Ministro Celso de Mello, em seu voto paradigmático já citado, aponta com precisão que “a Declaração e Programa de Ação de Viena, adotada consensualmente pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, foi responsável (...) por significativos avanços conceituais que se projetaram nos planos concernentes à legitimidade das preocupações internacionais com os direitos humanos (artigo 4º), à interdependência entre democracia, desenvolvimento e direitos humanos (artigo 8º) e, ainda, ao reconhecimento do sentido de *universalidade dos direitos humanos* (artigo 5º)”.

Vê-se, destarte, que a construção teórica do Direito Internacional dos Direitos Humanos tem exercido papel de extrema importância para a internacionalização dos direitos humanos, o que é traduzido nos inúmeros tratados e convenções assinadas e ratificadas pelas nações.

1.3 O princípio da dignidade da pessoa humana e sua importância para os Direitos Humanos

Com o advento do cristianismo, o conceito de *pessoa* como substância, em correspondência com o seu sentido concreto de indivíduo, foi sistematicamente organizado, a propósito da figura de Jesus Cristo, em sua dúplice condição de homem e de Filho de Deus.³²

³¹ PIOVESAN, Flávia e DIAS, Roberto. Igualdade e diferença: o direito à livre orientação sexual na Corte Europeia de Direitos Humanos e no Judiciário brasileiro, in José Ribas Vieira (org.) 20 da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 346.

³² COMPARATO, Fabio Konder, Ética: Direito, moral e religião no mundo moderno, p. 477.

A partir de então, segundo inteligência do professor Comparato, na idade medieval, nasceu uma teoria dualista segundo a qual a pessoa do rei divide-se entre *persona personalis*, que é a alma na substância do homem e *persona idealis*, que é a dignidade. Desenvolveu-se paulatinamente a distinção entre *officium* (cargo ou função) e *dignitas*, concluindo-se que uma pessoa pode ter o atributo pessoal da dignidade, sem, entretanto, exercer cargo algum.

Essa teoria foi de fundamental importância para a compreensão da dialética entre “a dignidade transcendente da pessoa humana, enquanto supremo modelo da vida ética, e a individualidade pessoal de cada ser humano, com todas as suas limitações e deficiências. O paradigma da pessoa humana reúne em si a totalidade dos valores, ela é o supremo critério axiológico a orientar a vida de cada um de nós”.³³

O professor ilustra que os valores éticos não são percebidos pelo homem de uma só vez e inteiramente, mas desvendados aos poucos, no curso da História. A pessoa, segundo Comparato, é um modelo, ao mesmo tempo transcendente e imanente à via humana, que se completa indefinidamente e se consolida, ininterruptamente, consoante às sucessivas fases históricas. “A concepção dos valores evolui e aponta claramente para o objetivo de constante e ilimitado aperfeiçoamento do ser humano”.³⁴

A excelência do homem no mundo foi abordada sob três perspectivas, complementares e não excludentes: a religiosa, a filosófica e a científica.

Sob a primeira, pode-se afirmar que o monoteísmo realçou a dignidade da pessoa humana, pois o homem é apresentado pela Bíblia como situado entre o Céu e a Terra, um ser ao mesmo tempo celeste e terreno. Além disso, o homem foi convidado pelo Senhor a dar um nome para cada criatura do mundo. O nome exprime a essência do ser.

Sob a perspectiva filosófica, a dignidade humana está atrelada à sua qualidade de animal racional, – razão especulativa, técnica, artística e ética –, e à consciência, individual e coletiva, dessa sua particularidade no mundo.

³³ COMPARATO, Fabio Konder, *Ética: Direito, moral e religião no mundo moderno*, p. 478.

³⁴ COMPARATO, Fabio Konder, *Ética: Direito, moral e religião no mundo moderno*, p. 480.

Finalmente, na perspectiva científica, a espécie humana representa, sem dúvida, o ápice do processo evolutivo. Com o surgimento do homem, “o sentido da evolução passa a sofrer a influência decisiva da espécie humana. A criatura transforma-se em criador”.³⁵

O professor Comparato, ao analisar a filosofia ética de Kant, afirmou que esta “representou notável esforço em defesa da dignidade humana, contra as forças de degradação e aviltamento. O princípio de que o ser humano não pode nunca servir de meio para a obtenção de uma finalidade que lhe seja alheia, ainda que esta se apresente, distorcidamente, como necessária, ou mesmo sublime – como quer o utilitarismo capitalista, ou pretendem os fanatismos políticos e religiosos de todo gênero –, tem sido um farol a iluminar a trajetória dos defensores da dignidade humana nos últimos séculos”.³⁶

Para o filósofo Kant, o princípio inicial de toda a ética é o de que “o ser humano e, de modo geral, todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio do qual esta ou aquela vontade possa servir-se a seu talante”. E continua: “Os entes, cujo ser na verdade não depende de nossa vontade, mas da natureza, quando irracionais, têm unicamente um valor relativo, como meios, e chamam-se por isso coisas; os entes racionais, ao contrário, denominam-se pessoas, pois são marcados, pela sua própria natureza, como fins em si mesmos; ou seja, como algo que não pode servir simplesmente de meio, o que limita, em consequência, nosso livre-arbítrio”.³⁷

Kant procurou afirmar, de um lado, a superioridade ética absoluta dos seres humanos em relação às coisas, e, de outro lado, a absoluta igualdade de todas as pessoas em sua comum dignidade.

Também o professor Barroso, ao abordar o tema, expressa que “a *dignidade*, na visão kantiana, tem por fundamento a autonomia”³⁸. Em um mundo no qual todos pautem a sua conduta pelo imperativo categórico – no ‘reino dos fins’ –, tudo tem um *preço* ou uma *dignidade*. As coisas que têm preço podem ser substituídas por outras equivalentes. Mas

³⁵ COMPARATO, Fabio Konder, *Ética: Direito, moral e religião no mundo moderno*, p. 481.

³⁶ Idem nota anterior.

³⁷ COMPARATO, Fabio Konder, *Ética: Direito, moral e religião no mundo moderno*, p. 482.

³⁸ V. Immanuel Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, 2004, p. 79.

quando uma ‘coisa’ está acima de todo o preço, e não pode ser substituída por outra equivalente, ela tem *dignidade* ³⁹. Tal é a situação singular da pessoa humana. Portanto, as coisas têm preço, mas as pessoas têm dignidade. Como consectário desse raciocínio, é possível formular uma outra enunciação do imperativo categórico: *toda pessoa, todo ser racional existe como um fim em si mesmo, e não como meio para o uso arbitrário pela vontade alheia* ⁴⁰.”

No mesmo sentido, comenta Comparato que a dignidade da pessoa humana ultrapassa isso. “Ela se funda também no fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de *autonomia*, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita”. ⁴¹

Em outras palavras, pode-se dizer que só o ser humano é dotado de liberdade, e, conseqüentemente, de responsabilidade. Somente ele é capaz de optar conscientemente pelos escopos de suas ações, que podem ser boas ou más para si e para outrem. Há, portanto, a responsabilidade perante outros de acordo com as implicações de seus atos. “*Segundo Aristóteles, só o homem é, pela sua própria essência, um ser ético, que tem consciência do bem e do mal, capaz das maiores crueldades e vilanias, assim como dos gestos mais heróicos e sublimes*”. ⁴²

Assim, a dignidade da pessoa humana, como o fundamento de toda vida ética, exige que se dê a todos, indistintamente, condições mínimas indispensáveis à busca da felicidade. Ao ser humano “deve ser assegurada uma esfera de proteção jurídica impenetrável, ainda que evidente o benefício coletivo com a sua violação. O coletivo, por

³⁹ V. Immanuel Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, 2004, p. 77: “No reino dos fins tudo tem ou um *preço* ou uma *dignidade*. Quando uma coisa tem um preço, pode-se por em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então ela tem dignidade”.

⁴⁰ V. Immanuel Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, 2004, p. 71 e 68.

⁴¹ COMPARATO, Fabio Konder, *Ética: Direito, moral e religião no mundo moderno*, p. 482.

⁴² COMPARATO, Fabio Konder, *Ética: Direito, moral e religião no mundo moderno*, p. 483.

sua vez, será tanto mais coeso quanto maior for o grau de comprometimento com a proteção da esfera individual”⁴³

O professor Barroso explica que “a dignidade da pessoa humana é parte do conteúdo dos direitos materialmente fundamentais, mas não se confunde com qualquer deles. Nem tampouco é a dignidade um direito fundamental em si, ponderável com os demais. Justamente ao contrário, ela é o parâmetro da ponderação, em caso de concorrência entre direitos fundamentais.”⁴⁴

Ainda conforme Barroso, em seu recente estudo, verifica-se que apenas “após a 2ª Guerra Mundial, a idéia de dignidade da pessoa humana migra paulatinamente para o mundo *jurídico*, em razão de dois movimentos. O primeiro foi o surgimento de uma cultura pós-positivista, que reaproximou o Direito da filosofia moral e da filosofia política, atenuando a separação radical imposta pelo positivismo normativista. O segundo consistiu na inclusão da dignidade da pessoa humana em diferentes documentos internacionais e Constituições de Estados democráticos”, como a Carta da ONU (1945), a Declaração Universal dos Direitos do Homem – ou, mais recentemente, Humanos, (1948) e vários outros tratados internacionais, “passando a desempenhar um papel central no discurso sobre direitos humanos”.⁴⁵

No campo do direito constitucional, a precursora a se referir à dignidade da pessoa humana foi a “Constituição alemã (Lei Fundamental de Bonn, 1949), que previu, em seu art. 1º, a inviolabilidade da dignidade humana, dando lugar a uma ampla jurisprudência, desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal, que a alçou ao *status* de valor fundamental e centro axiológico de todo o sistema constitucional.”⁴⁶

⁴³ GARCIA, Emerson, Op. cit., p. 19.

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto, *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

⁴⁵ Idem nota anterior.

⁴⁶ Idem nota anterior.

Continua Barroso, constatando que, a partir de então, “as cortes constitucionais de diferentes países iniciaram um diálogo transnacional, pelo qual se valem de precedentes e argumentos utilizados pelas outras cortes, compartilhando um sentido comum para a dignidade. Trata-se de uma integração em que os atores nacionais, internacionais e estrangeiros se somam”.⁴⁷

Em um plano ético-filosófico, a dignidade passa a constituir a justificação moral dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. No plano político, “ela passa a integrar documentos internacionais e constitucionais, vindo a ser considerada um dos principais fundamentos dos Estados democráticos. Em um primeiro momento, contudo, sua concretização foi vista como tarefa exclusiva dos Poderes Legislativo e Executivo. Somente nas décadas finais do século XX é que a dignidade se aproxima do Direito, tornando-se um conceito jurídico, deontológico – expressão de um dever-ser normativo, e não apenas moral ou político. E, como consequência, sindicável perante o Poder Judiciário. Ao viajar da filosofia para o Direito, a dignidade humana, sem deixar de ser um valor moral fundamental⁴⁸, ganha também *status de princípio jurídico*.”⁴⁹

Cabe, por fim, reiterar que se trata de princípio jurídico que serve de parâmetro de ponderação, de modo que jamais poderá ter seu conteúdo axiológico afastado ou mitigado em detrimento de qualquer outro direito fundamental, expresso por meio de regra ou princípio, porquanto, por intermédio do princípio da dignidade humana, busca-se realizar com a maior efetividade possível todos os direitos humanos fundamentais.

⁴⁷ Idem nota anterior.

⁴⁸ Sobre o caráter suprapositivo da dignidade humana, v., dentre muitos, José Afonso da Silva, A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia, *Revista de Direito Administrativo* 212:89, 1998, p. 91.

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto, *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

2. Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos

2.1 O tratamento constitucional dos Tratados Internacionais no Brasil

Conforme lição do internacionalista Francisco Rezek, “tratado é todo acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos.”⁵⁰

A Convenção de Viena sobre os Tratados, define tratado como o “Acordo Internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, constante de um instrumento único ou de dois ou mais instrumentos conexos qualquer que seja sua denominação particular” (art. 2º, I, alínea a).

Os tratados e convenções internacionais são assinados pelo chefe de Estado, ou seja, no nosso caso, o Presidente do Brasil. Isso está expresso no artigo 84 da Constituição Federal, que enumera os atos de competência privativa do Presidente da República, dentre os quais figura o ato de “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”, previsto no inciso VIII do mesmo artigo.

Assim, após a celebração do acordo, com a assinatura dada pelo chefe de Estado, o diploma passará pelo Congresso Nacional, que tem competência exclusiva para, por meio de Decreto Legislativo, “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”, nos exatos termos do artigo 49, inciso I da Lei Maior.

Com a aprovação, o Presidente da República pode proceder à ratificação do tratado, quando então o país fica vinculado às normas internacionais as quais deu assentimento.

Por fim, o Presidente tem a incumbência de editar um decreto, promulgando o tratado, para que se dê publicidade e, portanto, validade no âmbito interno.

⁵⁰ REZEK, Francisco, Direito Internacional Público – Curso elementar, 10ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2006, p. 14.

Em passado não muito remoto, o entendimento predominante, especialmente do Supremo Tribunal Federal, era o de que os tratados internacionais de qualquer natureza ostentavam o *status* de leis ordinárias.

A inserção do parágrafo 3º no artigo 5º por meio da Emenda Constitucional 45 de 2004 ⁵¹ acarretou a mudança de pensamento da Suprema Corte, que, antes mesmo da reforma constitucional, já havia sinalizado, em alguns acórdãos, a necessidade de revisão do entendimento sobre a matéria.

Foi, então, com os paradigmáticos casos sobre a questão da prisão do depositário infiel ⁵², em contratos de alienação fiduciária, que o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento, por maioria, de que os tratados internacionais de direitos humanos gozam de caráter supralegal, ou seja, estão hierarquicamente acima das leis, mas abaixo da Constituição.

Cumprir destacar que uma minoria expressiva do Tribunal Constitucional, afinada com uma doutrina moderna e humanista defendida pelos maiores internacionalistas do Brasil, defende outra posição, qual seja, a de que esses tratados internacionais de direitos humanos possuem natureza materialmente constitucional, figurando, portanto, no mesmo patamar hierárquico das normas formalmente constitucionais. Há, até mesmo, corrente doutrinária internacionalista que defende a preeminência de tais tratados sobre a Carta Magna. No entanto, são vozes mais esparsas e sem boa aceitação entre os constitucionalistas.

⁵¹ Art. 5º (...), “§3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

⁵² A Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece em seu artigo 7º, item 7, que ninguém será detido por dívidas, salvo em caso de inadimplemento de obrigação alimentar. Com base nesse dispositivo, o STF entendeu inadmissível a decretação de prisão do depositário infiel, por considerar a supralegalidade da norma internacional em relação às normas domésticas infraconstitucionais, tendo ocorrido, conforme Gilmar Mendes, o “efeito paralisante” sobre a legislação infraconstitucional que cuida da matéria (art. 1287 do CC de 1916 e o DL 911 de 1969). Esse entendimento está expresso nos seguintes casos: RE 466.343, RE 349.703, HC 87.585 e HC 92.566.

2.2 Alguns princípios que regem as relações internas e internacionais sobre Direitos Humanos

O Direito dos Direitos Humanos é uma construção teórica moderna regida por princípios e características peculiares, que dão coerência a esse sistema de normas jurídicas estabelecidas internacionalmente.

Segundo estudos de Flávia Piovesan, a concepção contemporânea de direitos humanos conjuga os valores da liberdade e da igualdade, de modo que “esses direitos passam a ser concebidos como uma *unidade interdependente e indivisível*”.⁵³

A Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993 reforçou essa idéia, já prevista na Declaração de 1948, ao prescrever em seu parágrafo 5º que os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados.

O princípio (ou característica) da universalidade se justifica pelo motivo de que a dignidade da pessoa humana é valor inerente a todo ser humano, não importando a sua cultura, religião, etnia, nação, etc. Assim, não se pode invocar a diversidade cultural, por exemplo, como pretexto para se violar os direitos humanos. A diversidade de culturas e etnias enriquece essa universalidade, que não se pretende de modo algum homogênea.

O professor Comparato, em interessante artigo sobre direitos humanos, destaca que “o fato sobre o qual se funda a titularidade dos direitos humanos é, pura e simplesmente, a existência do homem, sem necessidade alguma de qualquer outra precisão ou concretização. É que os direitos humanos são direitos próprios de todos os homens, enquanto homens, à diferença dos demais direitos, que só existem e são reconhecidos, em função de particularidades individuais ou sociais do sujeito. Trata-se, em suma, pela sua própria natureza, de direitos *universais* e não localizados, ou *diferenciais*.”⁵⁴

O ilustre defensor público Carlos Weis, em sua obra, leciona que “a complementaridade necessária dos direitos humanos figura como condição de ocorrência

⁵³ PIOVESAN, Flávia, p. 200 e 201. Conforme a autora, “revela-se esvaziado o direito à liberdade quando não assegurado o direito à igualdade; por sua vez, esvaziado, revela-se o direito à igualdade quando não assegurada a liberdade.”

⁵⁴ COMPARATO, Fábio Konder, in Fundamentos de Direitos Humanos, disponível em: <http://www.iea.usp.br/iea/textos/comparatodireitoshumanos.pdf>

material – vale dizer, de eficácia – dos direitos civis e políticos, levando à conclusão de que negar caráter jurídico aos direitos econômicos, sociais e culturais significa retirar a eficácia dos primeiros se ou quando seu exercício pleno depender do acesso aos meios de vida adequados.”⁵⁵

Os princípios da interdependência e da indivisibilidade referem-se à necessidade de se garantir um mínimo de igualdade social para que se possa desfrutar da liberdade e vice-versa, sem o que esses direitos se tornam promessas vazias.

Weis trata da indivisibilidade afirmando que “está ligada ao objetivo maior do sistema internacional de direitos humanos: a promoção e garantia da dignidade do ser humano”. A indivisibilidade, continua, é “uma característica do conjunto das normas, e não de cada direito individualmente considerado”.⁵⁶

Outro princípio importante para a matéria em questão é o princípio interpretativo *pro homine*, que possui um “duplo significado: (a) diante de uma norma singular, ele orienta a uma interpretação extensiva dos direitos humanos e limitativa das suas restrições; (b) diante de um concurso de normas (conflito aparente de normas), incide a que mais amplia o exercício do direito. Mesmo que se trate de duas normas internacionais, aplica-se a mais ampla.”⁵⁷

Assim, por conseguinte, se um direito está previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos e se essa situação jurídica também está amparada em outro tratado assinado e ratificado pelo país, deve prevalecer a norma mais favorável à pessoa humana.

O artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos, ao tratar de normas de interpretação, prevê textualmente que nenhuma norma da Convenção deve ser interpretada

⁵⁵ WEIS, Carlos, Op. cit., p. 57.

⁵⁶ WEIS, Carlos, Op. cit., p. 118.

⁵⁷ GOMES, Luiz Flávio. **Direito dos direitos humanos e a regra interpretativa pro homine**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1485, 26 jul. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10200>>

no sentido de restringir o gozo ou o exercício de qualquer direito ou liberdade previsto no *direito interno* ou em outra *convenção* (ou *tratado*) da qual seja parte o Estado.⁵⁸

A par disso, o artigo 31 da mesma Convenção dispõe sobre o reconhecimento de outros direitos, de modo que possam ser incluídos no regime de proteção da Convenção outros direitos e liberdades. De modo análogo, prevê a nossa Constituição Federal, no artigo 5º, parágrafo 2º.

Valério Mazzuoli assevera que “no direito interno, o princípio internacional *pro homine* compõe-se de dois conhecidos princípios jurídicos de proteção de direitos: o da dignidade da pessoa humana e o da prevalência dos direitos humanos”.⁵⁹

Nesse sentido, Carlos Weis afiança que, no campo dos direitos humanos, “o critério interpretativo adotado é, portanto, aquele que entende como aplicável a norma que confere maior proteção ao ser humano, ampliando os direitos que protegem e promovem sua dignidade, seja a derivada das normas internas, seja a proveniente do direito internacional”.⁶⁰

Por sua vez, o autor Ingo Sarlet, conforme explicitado em sua obra, adota o entendimento de que “na dúvida impõe-se a opção pela solução mais afinada com a proteção da dignidade da pessoa humana (*in dubio pro dignitate*)”⁶¹, expressão mais ampla do que o conhecido *in dubio pro libertate*.

⁵⁸ Artigo 29 - Normas de interpretação - Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

⁵⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira, O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis, vol. 4, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009, p. 105.

⁶⁰ WEIS, Carlos, Op. cit., p. 31 e 32.

⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang, A eficácia dos direitos fundamentais, 9ª Ed., Porto Alegre, 2007, p. 141.

Importa destacar, ainda, que, em sede de direitos humanos de segunda geração (direitos sociais), há o princípio da proibição do retrocesso social, de forma que o constitucionalista português Joaquim Canotilho sustenta que “o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade do legislador tem como limite o núcleo essencial já realizado.”⁶²

Novamente Ingo Sarlet, em interessante artigo, afirma que o “princípio fundamental da proibição (relativa) de retrocesso na esfera social, seja ele implementado por meio do reconhecimento de cláusulas pétreas, seja ela desenvolvido implicitamente a partir de outros princípios constitucionais, constitui-se não apenas em salvaguarda do Estado Social de Direito ou, caso preferirmos, da justiça material, mas principalmente da própria dignidade da pessoa humana, valor-guia de toda a ordem constitucional e objetivo permanente de toda ordem jurídica que se pretenda legítima”.⁶³

2.3 Equiparação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ao status constitucional

Os tratados internacionais de direitos humanos, como já exposto, têm proeminência hierárquica sobre as leis infraconstitucionais.

Assumida essa tese pela doutrina e jurisprudência, constatou-se a bifurcação em duas correntes de pensamento: a encabeçada pelo Ministro Gilmar Mendes, que versa sobre a tese da supralegalidade, tese que encontra respaldo no Direito Comparado, especialmente alemão, e, a outra, defendida pela doutrina há tempos e albergada por alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal, como o Celso de Mello, que sustenta que esses tratados ostentam, na ordem jurídica interna, qualificação constitucional, enfatizando, ainda, que os

⁶² CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Constitucional e teoria da constituição. 3. ed., Coimbra, 1998, p. 321.

⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>

tratados sobre direitos humanos ratificados antes da Emenda Constitucional 45 revestem-se de caráter materialmente constitucional, integrando o chamado *bloco de constitucionalidade*.

Cumprir observar que os tratados internacionais de direitos humanos antes da Emenda Constitucional 45, apesar de, desde a promulgação da Constituição em 1988, serem considerados materialmente constitucionais pela doutrina mais abalizada sobre o tema, eram tidos pela jurisprudência majoritária como paritários às leis ordinárias. Assim, apenas após a inserção do parágrafo 3º no artigo 5º, o Supremo Tribunal Federal mudou sua posição para dar maior relevo às normas de direitos humanos dos tratados ratificados pelo Brasil, o que se demonstrará com mais detalhes a seguir.

Flávia Piovesan, defensora da segunda corrente, sustenta que, desde antes da Emenda 45, o parágrafo 2º do artigo 5º já incluía os tratados sobre direitos humanos no bloco de constitucionalidade, pois esse parágrafo “tece a interação entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional dos direitos humanos”.⁶⁴ “Os direitos internacionais integrariam, assim, o chamado bloco de constitucionalidade, densificando a regra constitucional positivada no parágrafo 2º do artigo 5º, caracterizada como cláusula constitucional aberta.”⁶⁵

A professora argumenta que esse dispositivo “está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Esse processo de inclusão implica a incorporação pelo texto constitucional de tais direitos.”⁶⁶

Continua a esplanar que essa conclusão dá-se pela interpretação sistemática e teleológica da Constituição, “especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional.”⁶⁷

⁶⁴ PIOVESAN, Flávia, Op. cit., p. 94.

⁶⁵ PIOVESAN, Flávia, Op. cit., p. 107.

⁶⁶ PIOVESAN, Flávia, Op. cit., p. 104.

⁶⁷ PIOVESAN, Flávia, Op. cit., p. 104.

Ingo Wolfgang Sarlet, em importante obra sobre os direitos fundamentais, leciona que a norma do parágrafo 2º do artigo 5º “traduz o entendimento de que, para além do conceito formal de Constituição (e de direitos fundamentais), há um conceito material, no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando no catálogo.”⁶⁸ Esse dispositivo encerra o que ele denomina de princípio da “*abertura material do catálogo dos direitos fundamentais*.”⁶⁹

O eminente autor sulista ensina que o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal trata-se de uma “autêntica norma geral inclusiva”, impondo o dever de uma interpretação entrosada com os preceitos da Declaração Universal dos Direitos do Homem, mesmo que esta não tenha a natureza jurídica e, por conseguinte, as características de um tratado, principalmente no que se refere à vinculatividade.⁷⁰

Além da categórica previsão do artigo 5º, parágrafo 2º, outro argumento que reforça o *status* diferenciado dos tratados de direitos humanos é o fato de integrarem “um universo de princípios com a especial força obrigatória de um autêntico *jus cogens*, que os coloca em posição hierarquicamente superior em relação aos demais tratados internacionais, justificando, assim, a diferença de tratamento também na ordem jurídica interna.”⁷¹

Agora, em relação ao parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição, Gilmar Mendes, o defensor da tese da supralegalidade, entende que “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.”⁷²

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, A eficácia dos direitos fundamentais, 9ª Ed., Porto Alegre, 2007, p. 90.

⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang, Op. cit., p. 94.

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang, Op. cit., p. 95.

⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang, Op. cit., p. 140.

⁷² MENDES, Gilmar, Op. cit., p. 806.

No entanto, *data venia*, esse entendimento acerca do parágrafo 3º parece não merecer amparo jurídico, pois é inadmissível que diplomas normativos que têm idêntica natureza jurídica sejam tratados de maneira diferente simplesmente pela inércia ou atraso legislativo em resolver essa questão de suma importância, que é a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos.

O internacionalista Valério Mazzuoli, pai da tese do controle jurisdicional de convencionalidade, faz uma crítica à teoria da supralegalidade dos tratados de direitos humanos não aprovados pela maioria qualificada do parágrafo 3º do artigo 5º, analisando que ela provoca o rompimento da “harmonia do sistema de integração dos tratados de direitos humanos no Brasil, uma vez que cria categorias jurídicas entre os próprios instrumentos internacionais de direitos humanos ratificados pelo governo, dando tratamento diferente para normas internacionais que têm o mesmo fundamento de validade, ou seja, hierarquizando diferentemente tratados que têm o mesmo conteúdo ético, qual seja, a proteção internacional dos direitos humanos”, o que viola flagrantemente o princípio basilar da isonomia.⁷³

Sensato pronunciamento sobre o tema foi dado pelo ilustre ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Francisco Rezek ao defender que, não obstante o assunto possa gerar controvérsias, “é sensato crer que ao promulgar esse parágrafo (3º) na Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, sem nenhuma ressalva abjuratória dos tratados sobre direitos humanos outrora concluídos mediante processo simples, o Congresso constituinte os elevou à categoria dos tratados de nível constitucional. Essa é uma equação jurídica da mesma natureza daquela que explica que nosso Código Tributário, promulgado a seu tempo como lei ordinária, tenha-se promovido a lei complementar à Constituição desde o momento em que a Carta disse que as normas gerais de direito tributário deveriam estar expressas em diploma dessa estatura.”⁷⁴

⁷³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira, Op. cit., p. 33.

⁷⁴ REZEK, Francisco, Direito Internacional Público – Curso elementar, 10ª Ed., Saraiva, São Paulo, 2006, p. 103. Cumpre destacar que Mazzuoli não compartilha desse entendimento, por entender que não há exigência na Constituição de que os tratados sejam aprovados pelo *quorum* qualificado, mas há tão somente uma autorização para tanto.

Aliás, entende Rezek que a polêmica questão sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos foi resolvida com o aditamento do parágrafo 3º ao artigo 5º, de modo que os tratados de direitos humanos, aprovados pelo rito das emendas, integrarão a ordem jurídica brasileira no nível das normas constitucionais. Sustenta, ainda, que não haverá “a possibilidade de denúncia⁷⁵ pela só vontade do Executivo, nem a de que o Congresso force a denúncia mediante lei ordinária, e provavelmente nem mesmo a de que se volte atrás por meio de uma repetição, às avessas, do rito da emenda à carta, visto que ela mesma se declara imutável no que concerne a direitos dessa natureza.”⁷⁶

Na mesma linha, a professora Piovesan defende a tese de que “o novo dispositivo do artigo 5º, parágrafo 3º, vem a reconhecer de modo explícito a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, reforçando, desse modo, a existência de um regime jurídico misto, que distingue os tratados de direitos humanos dos tratados tradicionais de cunho comercial.”⁷⁷

Destarte, com o advento do parágrafo 3º do artigo 5º, “surtem duas categorias de tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais.”⁷⁸ Essa diferenciação será de suma importância para traçar, no capítulo seguinte, os rumos do controle de convencionalidade proposto por Valério Mazzuoli.

Aliás, reitere-se que se mostra incongruente o entendimento de que os tratados de direitos humanos sejam incorporados ao ordenamento jurídico com *status* supralegal, isto é, acima da lei e abaixo da Constituição. Como já mencionado, o professor e eminente Ministro Gilmar Mendes defendeu essa teoria em seu voto sobre a questão da prisão do depositário infiel, alegando que a norma da Convenção Americana de Direitos Humanos

⁷⁵ Apenas para lembrar, é bom dizer que a denúncia dos tratados, ato pelo qual uma das partes manifesta a sua vontade de se desvincular do tratado, é feita por ato exclusivo do Presidente da República, apesar de toda a crítica que essa prática tem suscitado na doutrina, em termos de afronta aos princípios constitucionais e à democracia.

⁷⁶ REZEK, Francisco, Op. cit., p. 102 e 103.

⁷⁷ PIOVESAN, Flávia, Op. cit., p. 131.

⁷⁸ PIOVESAN, Flávia, Op. cit., p. 132.

tem caráter supralegal e, portanto, apresenta a função de “paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela (Constituição) conflitante.”⁷⁹

Contudo, a despeito de ser uma tese avançada e mais generosa em comparação com a antiga posição do Supremo, na prática e, na verdade, considerando a doutrina moderna da *força normativa da Constituição* de Konrad Hesse e a preocupação com a máxima efetividade de suas normas, o que houve foi a paralisação da eficácia da norma da própria constituição, que expressamente prevê a possibilidade da prisão do depositário infiel. Assim, ou ocorreu de fato a revogação da norma constitucional (o que não parece ser aceitável em face do caráter peculiar das normas internacionais, devido à possibilidade de denúncia dos tratados) ou se verificou verdadeira suspensão ou paralisação da eficácia da própria norma constitucional menos benéfica do que a norma convencional, em virtude dos princípios *pro homine* e *in dubio pro dignitate*.

Interpretação diversa, isto é, conforme o entendimento do Ministro Gilmar Mendes, acabaria por negar a teoria da força normativa da Constituição e a busca da máxima efetividade de suas normas, porquanto se estaria assumindo que uma parte de um dispositivo constitucional, qual seja, o artigo 5º, inciso LXVII, não tem eficácia alguma no Ordenamento Jurídico pátrio.

Analisando, ainda, que, de acordo com o parágrafo 1º do artigo 5º, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, admitir que não houve a paralisação da eficácia da norma constitucional, mas tão somente a das normas infraconstitucionais, seria ignorar também essa aplicabilidade imediata e, mais ainda, repita-se, os princípios da máxima efetividade e da força normativa da Constituição, entendimento que confrontaria com toda a teoria interpretativa constitucional moderna.

Mostra-se, portanto, inconsistente a tese da supralegalidade sob o argumento de que pensamento diverso, no sentido de equiparação dos tratados ao patamar constitucional, ensejaria um problema no controle de constitucionalidade com o alargamento do parâmetro

⁷⁹ MENDES, Gilmar, Op. cit., p. 818.

de controle, causando insegurança jurídica ⁸⁰, pois, na prática, sucedeu verdadeiro controle de convencionalidade ⁸¹ da própria norma constitucional, cuja eficácia restou suspensa pela norma convencional.

Ademais, a alegação de insegurança jurídica não tem respaldo em qualquer estudo ou critério jurídico, uma vez que o inteiro teor de todos os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil é de fácil acesso a qualquer cidadão, mais ainda ao Poder Judiciário. Ou seja, não há como afirmar que documentos normativos de natureza eminentemente fundamental, logo, constitucional, que o Brasil se obrigou a cumprir, não tenham o condão de ampliar o parâmetro de controle das leis e, até mesmo, de “emendar” a Constituição, somente no caso de incompatibilidade com esta que traga benefícios à pessoa humana.

3. O Controle de Constitucionalidade no Brasil

A ordem jurídica brasileira contempla um modelo misto de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, que pode ser feito tanto pela via difusa, como pela concentrada.

O controle difuso ou incidental das leis pode se dar em qualquer juízo ou tribunal e sob a forma de qualquer ação, sendo que os efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei são, em regra, *ex tunc* e *inter partes*.

Como ensina o professor e Ministro Gilmar Mendes em seu Curso, “o controle de constitucionalidade difuso, concreto ou incidental, caracteriza-se, fundamentalmente, também no Direito brasileiro, pela verificação de uma questão concreta de inconstitucionalidade, ou seja, de dúvida quanto à constitucionalidade de ato normativo a ser aplicado num caso submetido à apreciação do Poder Judiciário.” ⁸²

⁸⁰ Opinião do Ministro Gilmar Mendes em sede de Explicação no RE 466.343-1.

⁸¹ Fala-se em controle de convencionalidade, pois o parâmetro de confronto foi a Convenção Americana de Direitos Humanos.

⁸² MENDES, Gilmar, Curso de Direito Constitucional, 5ª Ed., 2010, Editora Saraiva, p. 1224.

Já o controle concentrado ou abstrato ⁸³ é feito pelo Supremo Tribunal Federal quando da apreciação de Ações autônomas, típicas do controle abstrato, quais sejam: ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Ordinariamente, os efeitos da decisão em sede de tais ações autônomas são *ex tunc* e *erga omnes*.

Atualmente, entretanto, há uma tendência denominada pela doutrina de *abstrativização do controle difuso*, devido a decisões do STF que estabelecem a mutação constitucional quanto ao artigo 52, inciso X, da Constituição, atribuindo simples efeito de publicidade às resoluções do Senado referentes à declaração de inconstitucionalidade no caso concreto, para poder atribuir efeitos erga omnes e vinculante às decisões em sede de controle difuso já a partir do trânsito em julgado.

Outrossim, confirmando essa tendência à abstrativização, o STF tem adotado em suas decisões a *teoria da transcendência dos motivos determinantes da decisão*, constatando o professor Barroso que “tem sido reconhecida eficácia vinculante não apenas à parte dispositiva do julgado, mas também aos próprios fundamentos que embasaram a decisão. Em outras palavras: juízes e tribunais devem acatamento não apenas à conclusão do acórdão, mas igualmente às razões de decidir”. ⁸⁴

O eminente Ministro Gilmar Mendes faz uma análise interessante sobre a questão dos dois tipos de controle ao esclarecer que “a Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas. A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado,

⁸³ Sabe-se que controle **concentrado** não é sinônimo de **abstrato**, mas é comum a referência como modelos congruentes, vez que geralmente o controle abstrato é realizado por uma Corte Constitucional, ou seja, de modo concentrado.

⁸⁴ BARROSO, Luis Roberto, O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 184.

mediante pedido de cautelar, fazem com que as grandes questões constitucionais sejam solvidas, na sua maioria, mediante a utilização da ação direta, típico instrumento do controle concentrado”, de modo que “a ênfase passou a residir não mais no sistema difuso, mas no de perfil concentrado.”⁸⁵

Por fim, cabe adiantar que a previsão no parágrafo 3º, do artigo 5º, de equivalência dos tratados internacionais de direitos humanos às emendas constitucionais, fez nascer na doutrina⁸⁶ o entendimento de que esses tratados, aprovados pelo *quorum* qualificado das emendas, passarão a ser paradigma de controle concentrado, perante o Supremo Tribunal Federal, por meio da propositura de uma das ações diretas dispostas na Constituição, o que corroboraria com a tendência de expansão do controle abstrato no Brasil.

3.1 A sistemática de controle de constitucionalidade dos Tratados conforme o artigo 102, III, b da Constituição Federal e as possibilidades de controle das normas internas

Ao se falar de controle de constitucionalidade no Brasil, abre-se um extenso leque de hipóteses passíveis de serem submetidas ao Judiciário. Primeiro, há os dois tipos de controle de constitucionalidade supracitados de normas infraconstitucionais domésticas, tendo-se por parâmetro a Constituição brasileira. Segundo, há o controle incidental de constitucionalidade dos tratados internacionais previsto no artigo 102, III, b da Carta Maior. Esse último tipo de controle se justifica plenamente em relação aos tratados internacionais comuns, já que, não tratando de matéria constitucional, deve-se haver a compatibilidade entre eles e a nossa Constituição.

A questão se complica em relação ao eventual controle de um tratado internacional de direitos humanos, que trata de matéria constitucional e ingressa no nosso ordenamento nos termos dos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º, ou seja, como normas apenas materialmente constitucionais ou formal e materialmente constitucionais, respectivamente. Em tese, é

⁸⁵ MENDES, Gilmar, Curso de Direito Constitucional, 5ª Ed., 2010, Editora Saraiva, p. 1247.

⁸⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira, O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis, vol. 4, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009.

aceitável a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal declarar uma norma de tais tratados – norma esta materialmente constitucional, inconstitucional, vez que se pode declarar a inconstitucionalidade de emendas constitucionais.

No entanto, em primeiro lugar, precisa-se atentar ao fato de que os tratados internacionais seguem uma lógica diferente da do processo legislativo interno. Isso porque o Estado brasileiro, ao assinar um tratado internacional, celebra um acordo, firma um compromisso de observância das normas nele presentes, fazendo-o de forma voluntária, de modo que fica sujeito às regras e princípios de direito internacional, como, por exemplo, o clássico *pacta sunt servanda*.

No artigo 29 da Convenção de Viena, há regra estabelecendo que, salvo disposição em contrário, “um tratado obriga cada uma das partes em relação a todo o seu território”. Também o artigo 34 da mesma Convenção é claro ao dispor que “um tratado não cria obrigações nem direitos para um terceiro Estado sem o seu consentimento”.

Expressando bem essa ideia de obrigatoriedade de vinculação às normas dos tratados ratificados por um Estado, Emerson Garcia declara que “seria inconcebível a existência de uma ordem internacional, ainda que essencialmente fragmentária, caso fosse reconhecido aos Estados a possibilidade de dispor livremente sobre os contornos da ordem interna.”⁸⁷

Carlos Weis, em sua obra, faz uma consideração assaz incisiva ao dizer que: *“Parece, aliás, bizarro que um Estado, de livre vontade, contraia obrigações internacionais, submeta-as ao Legislativo – que as ratifica – e ulteriormente alegue violação de sua soberania para não aplicá-las, mesmo tendo havido expressa e manifesta vontade dos poderes representativos da legitimidade popular quando da assinatura e da ratificação do instrumento internacional. É de se entender justamente o contrário, pois a vinculação do Brasil a obrigações internacionais não poderia se dar senão em decorrência do exercício livre de sua soberania.”*⁸⁸

⁸⁷ GARCIA, Emerson, Op. cit., p.XV.

⁸⁸ WEIS, Carlos, Op. cit. 37

Esse mesmo autor entende que “o artigo que confere ao STF poder de decidir sobre a constitucionalidade de tratado internacional (art. 102, III, b) não deve ser aplicado aos que tenham por objeto direitos humanos”.⁸⁹

Em segundo lugar, não se pode olvidar o fato de que os tratados internacionais de direitos humanos, em especial, gozam de estatura constitucional em função da cláusula geral de abertura do catálogo de direitos fundamentais insculpida no parágrafo 2º do artigo 5º, e em virtude do parágrafo 3º do mesmo artigo, que veio resolver a questão, como já examinado no item 2.3 do capítulo anterior. Dessa forma, os direitos protegidos por esses tratados “constituem cláusula pétrea e não podem ser abolidos por meio de emenda à Constituição, nos termos do artigo 60, parágrafo 4º, da Constituição.”⁹⁰

O último argumento para sustentar a *relativa* impossibilidade do controle de constitucionalidade dos tratados de direitos humanos é no sentido de que a única forma de revogar as normas de um tratado dessa matéria, que possuem natureza constitucional, seria por meio de denúncia, de modo que a professora Flávia Piovesan sustenta que seria mais coerente “aplicar ao ato da denúncia o mesmo procedimento aplicável ao ato da ratificação”, com a prévia autorização pelo Legislativo⁹¹, pois “não parece conveniente que o Estado possa se desobrigar do monitoramento internacional com tanta facilidade, sem o pronunciamento dos representantes da vontade popular, sendo de se presumir que a tanto não se chegaria se não tivesse efetivamente descumprido as obrigações contraídas internacionalmente.”⁹²

A partir dessas considerações, pode-se dizer que o controle de uma norma inserida em um tratado internacional de direitos humanos ratificado pelo Brasil deve ser feito com temperamento e cautela. Conforme a teoria da proibição do retrocesso social⁹³ e o princípio internacional *pro homine*, não seria qualquer norma que conflitasse com a nossa

⁸⁹ WEIS, Carlos, Op. cit., p. 38.

⁹⁰ PIOVESAN, Flávia, Op. cit., p. 426.

⁹¹ PIOVESAN, Flávia, OP. cit., p. 132

⁹² WEIS, Carlos, Op. cit., p. 36.

⁹³ Referência às páginas 27 e 28 deste estudo.

Constituição passível de se sujeitar ao controle por parte do Poder Judiciário, mas *apenas* aquelas normas que fossem menos protetivas à pessoa humana do que as normas formalmente constitucionais. Assim, as normas colidentes com a Constituição nacional, porém mais benéficas à pessoa, não devem ser consideradas inconstitucionais, podendo conviver de forma harmônica para garantir a eficácia inibitória em relação à eventual regulamentação ordinária que pudesse restringir seu âmbito de aplicação, bem como servindo para paralisar a eficácia da norma constitucional ora menos favorável.

O Ministro Celso de Mello, em voto no referido RE 466.343-1/SP, sustenta 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 limitações materiais ao poder reformador do Congresso Nacional”.

A contrario sensu, conclui-se que não há supremacia da Constituição em relação às convenções internacionais de direitos humanos que sejam igualmente ou mais generosas em questão de direitos e liberdades fundamentais, pois ambos os diplomas normativas estão no mesmo patamar.

Outra conclusão a que se pode chegar é a de que, em face da supremacia da Constituição sobre as convenções menos favoráveis, pode-se ter, excepcionalmente, o controle constitucional das normas dessa convenção, se, por ventura, houver demanda em juízo pleiteando a aplicação dessas normas menos favoráveis em detrimento de norma doméstica mais protetiva.

Por outro lado, mostra-se plenamente possível o controle das normas internas, tanto as infraconstitucionais como as constitucionais ⁹⁴, tendo-se como paradigma as normas dos tratados de direitos humanos, com a diferença de que, em relação às normas infraconstitucionais ocorre, conforme entendimento doutrinário, a revogação, já que essa é

⁹⁴ Valério Mazzuoli, em sua obra, diz que “não somente o direito infraconstitucional pode ser declarado inconvencional, senão também as próprias normas constitucionais”. Op. cit., p. 125.

a consequência quando norma superior trata do mesmo assunto de modo diverso; mas, no que se refere às normas constitucionais, apresenta-se diferente a solução para a incompatibilidade, que será exposta a seguir.

Desde logo, nota-se que o processo de aperfeiçoamento e incorporação de uma norma internacional é complexo e permeado por princípios peculiares definidos pelo direito internacional, não se podendo alegar ofensa à democracia pelo possível controle das leis brasileiras tendo como paradigma uma convenção internacional de direitos humanos, já que o diploma internacional é apreciado pelo Poder Legislativo interno.

Poder-se-ia argumentar no sentido de que o *quorum* para a aprovação de um Decreto legislativo não é qualificado como o é para a aprovação das emendas, sendo fato que todos os tratados assinados e ratificados antes da Emenda Constitucional 45 não passaram pelo rito especial prescrito no novo parágrafo 3º. No entanto, como já exposto, não se pode olvidar o fato de que se trata de uma norma internacional de livre adesão, a qual, ao adentrar no ordenamento jurídico interno, e sendo sobre matéria constitucional ⁹⁵, vez que se cuida de direitos humanos, pode ser submetida a controle conforme os princípios que regem a teoria dos direitos internacionais humanos.

Cabe argumentar que a tese de Mazzuoli de que, conforme Luigi Ferrajoli, as convenções seriam aptas a invalidar as normas infraconstitucionais, mantendo-as, contudo, vigentes, parece, à primeira vista, inconsistente, uma vez que os próprios Estados-partes poderão denunciar tais convenções, como, aliás, consta do artigo 78 ⁹⁶ da Convenção Americana de Direitos Humanos, o que poderia acarretar certa insegurança jurídica no que

⁹⁵ Flávia Piovesan, em magistral exposição do tema, ensina que “os tratados internacionais de direitos humanos apresentam caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre Estados-partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes, tendo em vista que objetivam salvaguardar os direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados. O caráter especial vem a justificar o *status* constitucional atribuído aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos.” Op. cit., p. 426.

⁹⁶ Artigo 78 - 1. Os Estados-partes poderão denunciar esta Convenção depois de expirado o prazo de cinco anos, a partir da data em vigor da mesma e mediante aviso prévio de um ano, notificando o Secretário Geral da Organização, o qual deve informar as outras partes. 2. Tal denúncia não terá o efeito de desligar o Estado-parte interessado das obrigações contidas nesta Convenção, no que diz respeito a qualquer ato que, podendo constituir violação dessas obrigações, houver sido cometido por ele anteriormente à data na qual a denúncia produzir efeito.

se refere à revogação ou não da norma doméstica que foi afastada pela convenção. Uma possível solução seria defender apenas a suspensão da eficácia (ou eficácia paralisante, conforme Gilmar Mendes) da norma incompatível com a convenção, pois o nosso ordenamento jurídico não aceita o fenômeno da repristinação tácita. Parece-nos que a tese da suspensão da eficácia da norma conflitante se coaduna mais com a sistemática normativa internacional do que a tese de Ferrajoli, segundo a qual haveria a invalidação da norma, não obstante permanecer sua vigência no ordenamento jurídico.

Entretanto, o fenômeno da denúncia dos tratados e convenções internacionais apresenta um viés peculiar no tocante aos tratados de direitos humanos. Esse tratamento diferenciado decorre do fato de que os direitos incorporados ao ordenamento jurídico interno tornam-se cláusulas pétreas, por força do artigo 60, parágrafo 4º da Constituição, não podendo ser abolidos por emendas à Constituição.⁹⁷

Por causa disso, Flávia Piovesan e Valério Mazzuoli defendem que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados na forma do parágrafo 3º do artigo 5º são insuscetíveis de denúncia, não importa se haja ou não participação legislativa no ato.⁹⁸

Contudo, a despeito dessas respeitáveis orientações, não parece sustentável que uma norma técnica de aprovação interna de um tratado tenha o condão de descaracterizar a natureza distinta de um diploma internacional, de forma que entendemos ser razoável a possibilidade de denúncia sempre que o tratado assim dispuser. No entanto, os direitos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro permanecem intactos, independentemente da forma de aprovação do tratado, por serem normas materialmente constitucionais que se petrificam tão logo sejam internalizadas no nosso sistema.

Assim, a consequência da possibilidade da denúncia é a de que o país “passa a não mais ter responsabilidade em responder pelo descumprimento do tratado tão somente no âmbito internacional e não no âmbito interno.”⁹⁹

⁹⁷ PIOVESAN, Flávia, Op. cit., p. 426.

⁹⁸ PIOVESAN, Flávia, Op. cit., p. 426 e MAZZUOLI, Valério, Op. cit., p. 52.

⁹⁹ MAZZUOLI, Valério, Op. cit., p. 57. Essa é a solução dada pelo autor somente no tocante aos tratados aprovados pela maioria simples do Congresso. Em relação aos tratados incorporados pelo *quorum* das emendas, entende Mazzuoli que o Presidente da República deve ser responsabilizado, nos termos do artigo

Cabe ressaltar que, nos termos do artigo 27 da Convenção de Viena, “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”, o que vem corroborar a tese de que uma norma de direito interno dificilmente seria apta a justificar o inadimplemento de uma norma internacional ratificada pelo Brasil, a menos que, conforme o princípio *pro homine* e a teoria da proibição do retrocesso, bem como de acordo com os dispositivos ampliativos das próprias convenções sobre direitos humanos, seja para majorar o direito assegurado pelo tratado.

Interessante análise sobre o tema foi feita por Maria Carmelina Lázaro, que, ao defender o controle de convencionalidade das normas constitucionais, relata, em caso julgado pela Convenção Americana de Direitos Humanos, que “na sentença *Boyce versus Barbado*, a Corte reitera a necessidade de que os juízes nacionais não apenas façam um controle de constitucionalidade de suas leis, de acordo com o sistema nacional prescrito, senão que também exerçam um controle de convencionalidade, inclusive quando se tratar de normas constitucionais. No caso, a Corte concluiu que se havia violado a Convenção Americana de Direitos Humanos pela existência e aplicação de duas normas, uma de *status* legal e outra de *status* constitucional; a primeira porque previa a pena de morte obrigatória para os casos de homicídio e a segunda, por ser uma ‘cláusula de exclusão’ consagrada na Constituição de Barbados, que impedia o controle judicial de qualquer norma anterior à Constituição de 1966, incluindo aquelas contrárias aos direitos fundamentais. Em consequência, a lei que ordenava a pena de morte obrigatória para os casos de homicídio, por ser anterior a 1966, estava juridicamente blindada, de tal modo que não podia ser submetida a nenhum tipo de juízo para revisar sua compatibilidade com os direitos fundamentais, conclusão a que chegam os mais altos tribunais de Barbados.”¹⁰⁰

Em verdade, reitere-se que a norma de um tratado internacional de direitos humanos assinado pelo Brasil não teria o condão de revogar propriamente uma norma

85, III, da Constituição, caso proceda à denúncia do tratado. Não concordamos com essa solução, por afrontar os princípios básicos de direito internacional dos tratados, e porque não há motivo para tanto, se as normas continuam em vigor no plano interno.

¹⁰⁰ LONDOÑO LÁZARO, Maria Carmelina, in “EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LAS LEYES: CONFLUENCIAS Y PERSPECTIVAS EN EL PENSAMIENTO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS”, trecho traduzido livremente.

constitucional brasileira, o que somente pode ser feito pelo poder constituinte derivado reformador e, principalmente, pelo fato de haver a possibilidade de denúncia do tratado (ainda que se defenda que seja feito por um processo mais árduo), mas teria a força de suspender ou paralisar sua eficácia, isto é, evitar que aquela norma menos protetiva aos direitos humanos continue a irradiar efeitos, e que, principalmente, o legislador ordinário se abstenha de regular uma norma constitucional que afronte normas internacionais incorporadas ao nosso ordenamento jurídico.

Desse modo, apenas em situações excepcionais, como no caso de haver norma interna mais favorável ao ser humano, poderia se admitir que um poder interno possa declarar a inconstitucionalidade de uma norma de direitos humanos de caráter internacional, porquanto a Carta Maior foi clara ao prever no artigo 4º, inciso II, a prevalência dos direitos humanos e ao dispor no artigo 5º, parágrafo 2º que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Ao passo que as normas internacionais de direitos humanos incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro, em regra, são capazes de figurar como parâmetro para um controle das normas internas, até mesmo as constitucionais, salvo, frise-se, se estas foram mais benéficas.

É sintomático que esse parágrafo segundo esteja exatamente no artigo que enumera os direitos e deveres individuais e coletivos, o qual se insere no Título que trata dos direitos e garantias fundamentais. Os mencionados “tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” referem-se aos tratados e convenções de direitos humanos, vez que esses tratam dos direitos e garantias da pessoa humana.

Assim, segundo inteligência de Flávia Piovesan, “a prevalência dos direitos humanos, como princípio a reger o Brasil no âmbito internacional, não implica apenas o engajamento do país no processo de elaboração de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas sim a busca da plena integração de tais regras na ordem jurídica interna brasileira.”¹⁰¹

¹⁰¹ PIOVESAN, Flávia, Op. cit., p. 92.

3.2 A teoria do bloco de constitucionalidade

A teoria do bloco de constitucionalidade se refere à ampliação do parâmetro de controle de constitucionalidade já consagrado pelo parágrafo 2º do artigo 5º e reforçado pelo posterior parágrafo 3º do mesmo artigo.

Nos termos da lição de Gilmar Mendes, o aludido parágrafo 2º “dá ensejo a que se afirme que se adotou um sistema aberto de direitos fundamentais no Brasil, não se podendo considerar taxativa a enumeração dos direitos fundamentais no Título II da Constituição. (...) É legítimo, portanto, cogitar de direitos fundamentais previstos expressamente no catálogo da Carta e de direitos materialmente fundamentais que estão fora da lista. (...) A sua fundamentalidade decorre da sua referência a posições jurídicas ligadas ao valor da dignidade humana; em vista da sua importância, não podem ser deixados à disponibilidade do legislador ordinário”.¹⁰²

Sobre o tema, Ingo Sarlet, em interessante análise, lembra que “o objetivo precípua da consagração, pela nossa Carta, do princípio da não-tipicidade na esfera dos direitos fundamentais certamente não é o de restringir, mas, sim, o de ampliar e completar o catálogo dos direitos fundamentais, integrando, além disso, a ordem constitucional interna com a comunidade internacional, solução que, aliás, corresponde às exigências de uma ordem internacional cada vez mais marcada pela interdependência entre os Estados e pela superação da tradicional concepção da soberania estatal”.¹⁰³

Conceito retirado do voto de Celso de Mello, no já citado RE 466.343-1, refere-se a bloco de constitucionalidade como “um conjunto de normas de direitos humanos materialmente constitucionais, oriundas tanto do direito interno quanto do externo, que

¹⁰² MENDES, Gilmar, Op. cit., p. 348. É curioso notar que assumir essa concepção de que há direitos fundamentais fora do catálogo constitucional deveria implicar a aceitação da tese do controle de convencionalidade, sem o que a concepção lecionada se torna pura especulação doutrinária, sem que haja o real intuito de fazer valer e de concretizar todos os direitos fundamentais conquistados, dentro ou fora da Lei Maior.

¹⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang, Op. cit., p. 135.

configura um complexo de proteção à pessoa humana, criando uma área indevassável à ação do Poder estatal”.

Extraí-se, aliás, dos próprios princípios e valores constitucionais brasileiros e das normas estampadas nos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º, a vontade do poder constituinte originário de promover uma ordem jurídica atenta aos direitos humanos e a o que existe de mais avançado na proteção da pessoa humana.

Assim, considerando a existência desse emaranhado de normas materialmente constitucionais denominado de bloco de constitucionalidade, reputa-se como consequência natural o fato de que as normas infraconstitucionais precisam estar de acordo com esse bloco, do contrário o sistema se tornaria incoerente.

Logo, todas as normas que fazem parte do referido bloco devem servir como paradigma de controle de constitucionalidade (ou convencionalidade) das leis ou atos normativos.

3.3 O controle de convencionalidade no Brasil – haveria um dever de controle?

Em seu livro, Emerson Garcia registra que, “não obstante o reconhecimento do primado do Direito Internacional, um possível conflito entre as ordens interna e internacional não será resolvido com a utilização de mecanismos idênticos àqueles empregados nos conflitos entre regras internas. Nesse último caso, o conflito pode ser resolvido em termos de validade, enquanto que no Direito Internacional, salvo exceções¹⁰⁴, dá-se a resolução em termos de responsabilidade do Estado, mantendo-se, por via reflexa, a validade da regra interna.”¹⁰⁵

¹⁰⁴ “A preeminência do Direito Comunitário sobre as ordens jurídicas nacionais impõe a não aplicação das últimas sempre que com ele colidam. O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias há muito reconheceu o princípio do primado, tendo deixado expresso (em alguns dos seus casos julgados) que o juiz nacional está autorizado a não aplicar uma lei nacional que esteja em contraste com o Direito Comunitário, ainda que referida lei encontre um fundamento adequado na Constituição do Estado membro.” Nota de Emerson Garcia. Op. cit., p. XV.

¹⁰⁵ GARCIA, Emerson. Op. cit., p. XV.

No entanto, essa clássica maneira de resolução de conflitos entre as normas internas e externas encontra-se ultrapassada, superada, principalmente no que tange aos direitos humanos, visto que o Direito Internacional Público avançou muito nas últimas décadas.

Assim, com a moderna reformulação dos conceitos de soberania e da boa-fé nas relações internacionais, bem como com o advento da globalização, está cada vez mais difícil sustentar que as normas internas prevalecem sobre as externas, ainda mais em se tratando de normas provenientes dos tratados de direitos humanos.

Por isso, após a preparação do terreno feita pelos capítulos anteriores, passaremos ao estudo do tema propriamente dito, que é o controle de convencionalidade das leis.

Inicialmente, cumpre esclarecer que há dois tipos de controle de leis e atos estatais realizado em face dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, denominado pela doutrina de controle de convencionalidade: o que é realizado pelas Cortes internacionais de direitos humanos ¹⁰⁶ e aquele feito pela jurisdição interna dos países, geralmente pelo Poder Judiciário.

É exatamente o que explica María Carmelina Londoño Lázaro em interessante artigo sobre o assunto: “o controle de convencionalidade tem duas vertentes claras; uma primeira, que faz alusão à faculdade inerente à Corte Interamericana que verifica a compatibilidade entre a conduta do Estado e as disposições da Convenção, de modo que a instância internacional é uma instância própria e autônoma de controle jurisdicional, que não opera como uma quarta instância da justiça nacional, nem a substitui. A segunda vertente, relativamente mais moderna, identifica o controle de convencionalidade como uma verdadeira obrigação jurídica a cargo dos juízes nacionais.” ¹⁰⁷

¹⁰⁶ No caso do Brasil, em 1998 houve o consentimento do país em se submeter à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, conforme previsão na Convenção Americana de Direitos Humanos.

¹⁰⁷ LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina, in “EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LAS LEYES: CONFLUENCIAS Y PERSPECTIVAS EN EL PENSAMIENTO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS”, trecho traduzido livremente.

Neste trabalho, tratar-se-á apenas do controle jurisdicional interno no Brasil, ou seja, aquele que pode ser comparado ao sistema de controle de constitucionalidade aqui vigente, pois ambos têm a mesma lógica e o mesmo fundamento ¹⁰⁸, distinguindo-se basicamente quanto às normas que servirão como paradigma de controle.

Nas palavras do internacionalista Valério Mazzuoli, o pioneiro no estudo do tema no Brasil, controle jurisdicional de convencionalidade é a verificação da “compatibilidade vertical das normas do direito interno com as convenções internacionais de direitos humanos em vigor no país.” ¹⁰⁹ Trata-se, mais detidamente, nas palavras do autor, de um “meio judicial de declaração de invalidade de leis incompatíveis com tais tratados, tanto por via de exceção (controle difuso ou concreto) como por meio de ação direta (controle concentrado ou abstrato).” ¹¹⁰

Nestes termos, as normas domésticas sujeitam-se aos controles de constitucionalidade e convencionalidade para se considerarem plenamente válidas e compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro. ¹¹¹

Mazzuoli, em sua obra, constrói uma tese baseada no fato de que o parágrafo 3º, do artigo 5º da Constituição, não obstante tivesse gerado uma celeuma doutrinária pela sua má redação ¹¹², acabou por introduzir no sistema jurídico brasileiro a possibilidade de os

¹⁰⁸ Quais sejam: manter a coerência do sistema jurídico, de forma que as normas hierarquicamente inferiores devem ser compatíveis com as superiores, sob pena de inversão dos valores e princípios vigentes no ordenamento jurídico.

¹⁰⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira, *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*, vol. 4, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009, p. 17.

¹¹⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira, *op. cit.*, p. 71.

¹¹¹ O internacionalista Mazzuoli defende também, em sua tese, que, além da compatibilização com os tratados de direitos humanos, as normas infraconstitucionais devem passar por um controle de supralegalidade, o qual tem como parâmetro as normas dos tratados internacionais que não se referem a direitos humanos (é o que ele denominou de dupla compatibilidade vertical material). Assim, sustenta o autor que os tratados sobre matérias comuns pairam acima das leis, mas estão abaixo da Constituição. Não se entrará nessa questão, primeiro porque se afastaria do objetivo desse trabalho, que é o de estudar, especificamente, o controle de convencionalidade, cujos paradigmas são as normas dos tratados de direitos humanos, e segundo porque a discussão sobre a hierarquia dos tratados comuns é ainda mais divergente do que a que se refere aos tratados de direitos humanos.

¹¹² Principalmente, devido à omissão no tocante aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados antes da Emenda 45 e pelo fato de que a redação (“Os tratados e convenções internacionais sobre direitos

tratados internacionais de direitos humanos, considerados materialmente constitucionais desde a promulgação da Constituição de 1988 devido ao parágrafo 2º do mesmo artigo, tornarem-se formalmente constitucionais.

A consequência disso é que esses tratados, uma vez aprovados pelo *quorum* qualificado, passam a ser paradigma de controle concentrado de convencionalidade, que será feito mediante as ações diretas constitucionalmente previstas perante o Supremo Tribunal Federal. Argumenta Mazzuoli dizendo que “se a Constituição possibilita sejam os tratados de direitos humanos alçados ao patamar constitucional, com equivalência de emenda, por questão de lógica deve também garantir-lhes os meios que prevê a qualquer norma constitucional ou emenda de se protegerem contra investidas não autorizadas do direito infraconstitucional.”¹¹³

Já em relação às normas dos tratados sobre direitos humanos aprovados pelo *quorum* simples, o autor defende que, por serem materialmente constitucionais, mas não formalmente, serviriam elas como parâmetro apenas para o controle difuso de convencionalidade.

Em suma, Mazzuoli sustenta que pode haver o controle difuso e concentrado de normas tendo-se como parâmetro um tratado internalizado nos termos do parágrafo 3º do artigo 5º da Lei Maior, ao passo que se teria apenas o controle difuso se o paradigma utilizado não tiver sido aprovado com o *quorum* qualificado para aprovação de Emendas Constitucionais.

O ministro Celso de Mello proclama que o Supremo Tribunal Federal tem o desafio de extrair das declarações internacionais, bem como das “proclamações constitucionais de direitos, a sua máxima eficácia, em ordem a tornar possível o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos

humanos que forem aprovados...” dá a entender que haveria a possibilidade de alguns tratados de direitos humanos não serem aprovados pelo *quorum* das emendas, sendo discricionariedade do Congresso Nacional decidir quais tratados mereceriam ser equivalentes às emendas e quais não seriam merecedores de tal *status*. Ver crítica expressa na página 30 deste trabalho.

¹¹³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira, Op. cit., p. 124.

fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs”.¹¹⁴

Vimos que uma norma internacional pode revogar uma norma infraconstitucional incompatível, apesar de não ter o condão de revogar uma norma constitucional, a qual apenas fica com sua eficácia paralisada, pois, como mencionado, uma regra internacional de direitos humanos mais favorável tem a função de obstar a eficácia de normas constitucionais menos benéficas.

No referido artigo publicado no Boletim Mexicano de Direito Comparado, María Carmelina Londoño Lázaró constata que “os pronunciamentos reiterados da Corte (Interamericana de Direitos Humanos) coincidem em assinalar que o controle de convencionalidade é uma consequência necessária dos princípios do direito internacional geral e direito internacional de direitos humanos, inevitável para os Estados. Assim, a obrigação judicial de controlar a convencionalidade dos diferentes atos de poder do Estado é uma concreção do princípio consuetudinário que indica que o direito interno nunca se escusa de cumprir as obrigações internacionais e que, portanto, de acordo com o princípio da boa-fé nas relações internacionais, é obrigação do Estado-parte em um tratado internacional – como é a Convenção Americana – ajustar seu ordenamento jurídico para fazê-lo compatível com as obrigações adquiridas naquele cenário.”¹¹⁵

É necessário, portanto, que seja feito um controle de convencionalidade das leis e atos normativos brasileiros, para além do já consagrado controle de constitucionalidade, porquanto não se pode passivamente aceitar o argumento de que, caso haja algum descumprimento aos tratados internacionais de direitos humanos do qual o Brasil seja parte, haverá a responsabilização do Estado, a qual tem se limitado ao pagamento de indenizações às vítimas que tiveram alguns de seus direitos ofendidos. Isso tem limitado muito o papel e o escopo de uma organização regional-internacional de direitos humanos, qual seja, a

¹¹⁴ Voto no RE 466.343-1/SP.

¹¹⁵ LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina, in “EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LAS LEYES: CONFLUENCIAS Y PERSPECTIVAS EN EL PENSAMIENTO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS”, trecho traduzido livremente.

Organização dos Estados Americanos, que é, primordialmente, *prevenir* possíveis violações de direitos humanos.

Ainda conforme o artigo mencionado, “a função do Poder Judiciário, nesse sentido, protege o princípio do efeito útil dos tratados internacionais, consagrado no artigo 2º, enquanto estabelece ‘a obrigação geral de cada Estado-parte de adequar seu direito interno às disposições da mesma, para garantir os direitos nela consagrados, a qual implica que as medidas de direito interno não de ser efetivas (princípio da *effet utile*)’. A omissão deste dever por parte dos juízes gera responsabilidade do Estado, visto que é um princípio de direito internacional, o que indica que todos os órgãos do Estado, independentemente de sua denominação interna e sua hierarquia, comprometem sua responsabilidade.”¹¹⁶

Aliás, conforme jurisprudência recente da Corte Interamericana, “esse controle de convencionalidade não se exerce de maneira exclusiva por este tribunal, nem deveria ser, na realidade, a primeira instância na qual se apele a esse critério (...). A partir do caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, a Corte tem insistido em que é um dever a cargo dos operadores judiciais de nível interno efetuar um controle de convencionalidade no momento da aplicação das leis aos casos concretos, dever que se deduz das obrigações gerais do Estado para com o Pacto de San José, sob pena de comprometer a responsabilidade internacional do Estado parte.”¹¹⁷

No julgamento desse caso chileno, a Corte, em uma passagem da decisão, frisou, nestes exatos termos, que “o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de controle de convencionalidade entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.”¹¹⁸

¹¹⁶ LONDOÑO LÁZARO, Maria Carmelina, trecho traduzido livremente.

¹¹⁷ Idem nota anterior.

¹¹⁸ CIDH, Caso *Almonacid Arellano e outros VS. Chile*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e custas, sentença de 26 de setembro de 2006, Série C, nº 154, parágrafo 124.

É mister que se reitere que as obrigações convencionais de proteção vinculam todos os órgãos, poderes e agentes dos Estados-partes, de modo que incumbe ao Poder Executivo adotar as medidas necessárias para dar fiel cumprimento às obrigações assumidas. Ao Legislativo cabe regulamentar os tratados de direitos humanos de forma a dar-lhes eficácia no âmbito do direito doméstico. Por fim, ao Judiciário compete aplicar as normas desses tratados e assegurar que sejam respeitadas.

Assim, o descumprimento das normas convencionais de proteção de direitos humanos enseja a responsabilidade internacional do Estado, por ato ou omissão de qualquer dos Poderes do Estado.

Destarte, em primeiro lugar, o controle de convencionalidade, realizado pelo Judiciário brasileiro de modo difuso e, especialmente, de forma concentrada pelo STF, dos atos que viessem a desrespeitar algum direito expresso nesses tratados redundaria em evitar uma responsabilização do Estado.

Em segundo lugar, tal controle apresenta-se totalmente consentâneo com os direitos fundamentais de acesso à justiça e da celeridade do provimento jurisdicional, pois se constata atualmente o absurdo de o cidadão se socorrer ao Judiciário brasileiro, esperar anos por uma tutela, até que sobrevenha um provimento insatisfatório, após o que ainda se cogita de se submeter à apreciação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, devido à necessidade de exaustão das vias internas, que configura, em regra, um dos requisitos de admissibilidade da petição. Isso sem entrar no mérito da dificuldade de acesso à justiça internacional, o que configura mais um obstáculo à efetivação dos direitos humanos para os menos favorecidos.

Ora, o Brasil é um país democrático, com instituições fortes e sérias, sendo perfeitamente possível que o Poder Judiciário e, principalmente, a sua mais alta Corte trabalhassem no sentido de se evitar ao máximo que os casos de descumprimento de direitos humanos precisassem chegar à Corte Interamericana, ao invés de permanecer indiferente aos atos que venham a violar os direitos humanos insertos nos tratados e convenções ratificados.

Aliás, como afirmou o eminente Ministro Celso de Mello em seu voto: “*o Poder Judiciário constitui o instrumento concretizador das liberdades civis, das franquias*

*constitucionais e dos direitos fundamentais assegurados pelos tratados e convenções internacionais subscritos pelo Brasil. Essa alta missão, que foi confiada aos juízes e Tribunais, qualifica-se como uma das mais expressivas funções do Poder Judiciário.”*¹¹⁹

E continua proclamando que “é dever dos órgãos do Poder Público – e notadamente dos juízes e Tribunais – respeitar e promover a efetivação dos direitos garantidos pelas Constituições dos Estados nacionais e assegurados pelas declarações internacionais, em ordem a permitir a prática de um constitucionalismo democrático aberto ao processo de crescente internacionalização dos direitos básicos da pessoa humana”.¹²⁰

A respeito do importante papel dos juízes na sociedade, o jurista Chaïm Perelman, em sábias palavras, afirma que “o crescente papel atribuído ao juiz na elaboração de um direito concreto e eficaz torna cada vez mais ultrapassada a oposição entre o direito positivo e o direito natural, apresentando-se o direito efetivo, cada vez mais, como o resultado de uma síntese em que se mesclam, de modo variável, elementos emanantes da vontade do legislador, da construção dos juristas, e considerações pragmáticas, de natureza social e política, moral e econômica.”¹²¹

A verdade é que, na prática, em relação às leis ordinárias e complementares ou atos normativos ou administrativos em geral, pouco importa o *status* supralegal ou constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, pois o fato é que as leis *deverão* ser compatíveis tanto com a Constituição quanto com os tratados que versem sobre matéria de direitos humanos. Pode-se sustentar, portanto, que há um dever de controle de convencionalidade das normas internas, o que se faz necessário até para que haja perfeita coesão entre os ordenamentos jurídicos interno e externo.

De acordo com o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, exposto de forma apropriada pelo artigo publicado na revista mexicana, “basta a *existência* de uma norma anticonvencional para vulnerar o artigo 2º, que impõe aos Estados a obrigação de adequação do direito interno. Porém, mais ainda, se a norma se *aplica*, o

¹¹⁹ RE 466.343-1/SP.

¹²⁰ Idem nota anterior.

¹²¹ PERELMAN, Chaïm, *Ética e Direito*, p. 392.

artigo 2º resulta duplamente transgredido, considerando que a obrigação de adequação do direito interno não recai exclusivamente no Poder Legislativo, e inclui, por um lado, a eliminação de normas e práticas de qualquer natureza contrárias ao tratado e, por outro, a promoção de normas e práticas conducentes para a efetiva observância das garantias convencionais”. Além disso, “se da aplicação da norma se concretiza uma violação de um direito protegido na Convenção, a conduta do operador do direito, por si só, é contrária ao dever do Estado de garantir o pleno exercício do direito protegido no pacto, o que resulta em uma violação, tanto da prescrição que protege o direito em questão, como do artigo 1.1 que prevê a obrigação de garantia (dos direitos da Convenção a que estão sujeitos todos os órgãos do Estado)”.

De todo modo, é indiferente o nome que se dá a essa imperiosa verificação de compatibilidade, contanto que as normas constitucionais e internacionais de direitos humanos, que são materialmente constitucionais, consigam cumprir o seu papel de proteção à pessoa humana.

Cabe ressaltar que, apenas para fins de adequação dos sistemas interno e externo, é importante que eventual controle de convencionalidade feito pelos Tribunais, de modo incidental, respeite a cláusula de reserva de plenário constante no artigo 97 da Constituição brasileira, o que, inclusive, é objeto de uma Súmula Vinculante, a de nº 10.

Enfim, em relação à compatibilização da Constituição com as normas alienígenas incorporadas (não importa o meio pelo qual isso se deu) e vice-versa, tem-se como solução, de acordo com o exposto anteriormente, a aplicação dos princípios internacionais *pro homine* e *in dubio pro dignitate* com o escopo de se verificar a norma mais benéfica e que traduza com maior amplitude a realização do valor da dignidade da pessoa humana ao caso concreto.

Conclusão

Para encerrar este trabalho, impende destacar que o Poder Judiciário tem cumprido, hodiernamente, um papel de grande relevância na busca da efetivação dos direitos humanos, tanto no que se refere ao controle constitucional de leis e atos infraconstitucionais, como em relação à aplicação direta dos direitos e garantias constitucionais fundamentais aos casos concretos, além da adoção da teoria da eficácia horizontal desses direitos fundamentais.

No entanto, apesar de ser grande o avanço, ainda se verifica certa renitência por parte desse mesmo Poder progressista em se aplicar aos casos concretos normas de direitos humanos de tratados e convenções assinados e ratificados pelo Brasil, como se tais normas não tivessem caráter cogente em relação ao ordenamento jurídico pátrio.

Constata-se, ademais, uma espécie de má vontade, por parte dos três Poderes, em se utilizar dos princípios e regras de direitos humanos internacionais, como as normas de direitos humanos das diversas Convenções da Organização Internacional do Trabalho ratificadas pelo Brasil.

Um exemplo muito recente é a aprovação e promulgação pelo Congresso Nacional, em abril de 2010, do texto da Convenção 151 da OIT, que trata das relações de trabalho na administração pública, especialmente no que se refere ao direito de organização sindical, prevê garantias às organizações de trabalhadores do setor público, bem como estabelece parâmetros para a fixação e a negociação das condições de trabalho, para a solução de conflitos e para o exercício dos direitos civis e políticos.

Em junho de 2010, o então presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva procedeu à ratificação da Convenção em comento perante a OIT, de modo que ela entrou em vigor no mês de junho de 2011, um ano a partir do registro da ratificação.

Passado mais de um ano do início da vigência dessa convenção internacional, ainda não há uma regulamentação interna a respeito, nem mesmo a aplicação direta de tais normas por parte do Judiciário. O fato é que o Brasil precisa adequar sua legislação interna

às normas internacionais ratificadas, sob pena de represálias no âmbito das relações internacionais.

Espera-se que haja mais celeridade e respeito no trato dessas questões, as quais têm, aliás, índole constitucional, uma vez que são objeto de normas constitucionais dispostas nos incisos VI e VII do artigo 37, e que, infelizmente, ainda não gozam de aplicação e efetividade pelos seus destinatários por inércia do Poder Legislativo, mesmo após decisões do Supremo Tribunal Federal, em Mandados de Injunção, determinando a aplicação, no que couber, da Lei de Greve do setor privado às greves ocorridas no âmbito público.

Urge, mais do que nunca, uma regulamentação desses direitos, pois o que se vê, atualmente, é uma avalanche de movimentos paredistas no setor público que, por não terem parâmetros positivados, acabam abusando do direito de negociação e greve, em detrimento do povo, dos usuários dos serviços públicos, ou seja, do interesse público primário.

Por fim, cabe frisar que os atos normativos e executivos contrários à Convenção citada são passíveis de controle de convencionalidade a ser feito pelos juízes e tribunais nacionais, conforme defendido ao longo deste trabalho.

Bibliografia

BARROSO, Luis Roberto, O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *in A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, nova edição, Rio de Janeiro, Campus, 2004.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Constitucional e teoria da constituição*. 3. ed., Coimbra, 1998

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, 3ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Ética: Direito, moral e religião no mundo moderno*, São Paulo: Companhia das Letras, 2006. Parte III, item 11 e 12.

_____. *Fundamento dos Direitos Humanos in Revista de Estudos Avançados*, 2000.

GARCIA, Emerson. *Proteção Internacional dos Direitos Humanos – Breves Reflexos sobre os Sistemas Convencional e Não-Convencional*, 2ª edição, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito dos direitos humanos e a regra interpretativa pro homine**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1485, 26 jul. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10200>>.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, trad. João Baptista Machado, 6ª edição, Ed. Martins Fontes, São Paulo.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, São Paulo: Cia das Letras, 2006.

LONDOÑO LÁZARO, Maria Carmelina, in “EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LAS LEYES: CONFLUENCIAS Y PERSPECTIVAS EN EL PENSAMIENTO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS”, Boletim Mexicano de Direito Comparado.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira, O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis, vol. 4, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009.

MENDES, Gilmar, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 5ª Ed., 2010, Editora Saraiva.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*, trad. Maria Ermantina Galvão, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 1996.

PIOVESAN, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 12ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2011

_____. e DIAS, Roberto. Igualdade e diferença: o direito à livre orientação sexual na Corte Europeia de Direitos Humanos e no Judiciário brasileiro, in José Ribas Vieira

(org.) 20 da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional, Rio de Janeiro: Forense, 2008

Reflexões, KANT, 6667, XIX, 128.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público – Curso elementar*, 10ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2006.

ROCHA, José Manuel de Sacadura, Fundamentos de Filosofia de Direito, editora Atlas, 2007, São Paulo, p. 58.

SARLET, Ingo Wolfgang, A eficácia dos direitos fundamentais, 9ª Ed., Porto Alegre, 2007.

_____. O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001. Disponível em: www.direitopublico.com.br.

WEIS, Carlos, Direitos Humanos Contemporâneos, 2ª ed., Editora Malheiros, São Paulo, 2010.