



3

OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: INCORPORAÇÃO E HIERARQUIA COM CONSIDERAÇÕES DO DIREITO COMPARADO E PROPOSTA QUANTO À INTERPRETAÇÃO.

The International treaties on human rights in the Supreme Court: incorporation and hierarchy with considerations of comparative law and proposal regarding interpretation

Patrícia Cobianchi Figueiredo

Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP. Coordenadora da Comissão de Direito Constitucional da OAB/SP - Santana. Advogada. Professora no curso de Direito da Universidade Nove de Julho – UNINOVE, São paulo/SP. patriciacobianchi@uninove.br.

RESUMO

Este artigo tem por fim demonstrar o entendimento do Supremo Tribunal Federal com relação à incorporação, à hierarquia e à interpretação dos tratados internacionais de direitos humanos. Com menção do direito comparado trará proposta no sentido de considerar tais instrumentos internacionais como objetos de interpretação, ao lado das normas constitucionais; um meio para enfrentar o desafio atual de efetivação de tais direitos já reconhecidos fartamente em textos nacionais e internacionais. São direitos materialmente constitucionais e reforçam, complementam ou mesmo inovam o rol dos direitos previstos internamente sem qualquer ofensa à rigidez constitucional. Embora o entendimento majoritário no Supremo Tribunal Federal não se deve obstar a busca por efetiva proteção aos direitos, promovendo interpretação isolada das normas constitucionais desvencilhando-as daquelas dos tratados internacionais recebidos pela ordem constitucional e com meios aptos a solucionar eventuais “conflitos”, o que é mais uma peculiaridade a ser considerada pelo intérprete constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos fundamentais. Interpretação. Convenções internacionais. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This article aims to demonstrate an understanding of the Supreme Court with respect to the merger, the hierarchy and the interpretation of international treaties on human rights. With mention of comparative law will bring proposal to consider such international instruments as objects of interpretation, alongside constitutional, a means to meet the challenge current efficacy of such rights already recognized abundantly in national and international texts. Constitutional rights are materially and reinforce, complement or even innovate the list of rights provided internally without any offense to constitutional rigidity. Although the prevailing understanding in the Supreme Court should not preclude the search for effective rights protection, promoting

isolated interpretation of constitutional norms disentangling them from those received by international treaties and constitutional means able to solve any "conflict", which is one more peculiarity to be considered by the constitutional interpreter.

KEYWORDS: *Fundamental human rights. Interpretation; International conventions. Federal Supreme Court.*

SUMÁRIO

Introdução. 1. Considerações sobre concepção e terminologia para direitos humanos. 2. Tratados internacionais de direitos humanos: conceito e diferenciação. 3. O entendimento majoritário no Supremo Tribunal Federal relativo à incorporação e à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos: uma visão crítica. 4. A interpretação da constituição e dos tratados internacionais de direitos humanos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988 é possível perceber vários e significativos avanços com relação aos direitos fundamentais. Um deles é a ratificação de tratados internacionais de direitos humanos, os quais se incorporam no ordenamento jurídico interno complementando-o ou inovando-o. Disto advém questões como as da incorporação e hierarquia normativa desses instrumentos para o Direito Brasileiro. Atrelada à questão hierárquica e a depender da corrente adotada, outra questão se apresenta, qual seja, a de interpretar tais normas como normas hierarquicamente constitucionais (ou não).

Neste artigo, mediante método analítico-dedutivo, tais questões são abordadas a partir do atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal no que tange à incorporação e à hierárquica para, com considerações do direito comparado e da específica interpretação constitucional,

propor que as normas de direitos humanos oriundas de tratados internacionais ratificados pelo Brasil sejam interpretadas como normas materialmente constitucionais.

O objetivo, que vem sendo perseguido em pesquisas docentes e de iniciação científica mostra-se como um, senão o maior, desafio do Direito Contemporâneo, qual seja, a busca por meios para intensificar a proteção de direitos no âmbito interno, especialmente no que tange às suas reclamadas garantias e, por consequência, evitar responsabilização internacional por descumprimento de obrigações assumidas no livre exercício da soberania estatal.

1. CONSIDERAÇÕES SOBRE CONCEPÇÃO E TERMINOLOGIA PARA DIREITOS HUMANOS

São várias as concepções de direitos humanos e, atualmente, em especial no estágio que chegou o duelo entre os universalistas e relativistas, o melhor caminho é optar por uma concepção aberta, sem nenhum pressuposto como ponto de partida, como assevera Boaventura no sentido de uma concepção multicultural. Assim, apropriada a concepção de Antonio E. Perez Luño:

“Un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.” (1993, p. 46).

É com base em tal concepção que não se compartilha do entendimento terminológico relacionando a expressão “direitos humanos” com aqueles constantes de textos internacionais e “direitos fundamentais” com os previstos por fontes internas. Sem adentrar na questão da fundamentalidade, embora não a desprezando, o atual estágio do constitucionalismo que interagem com a internacionalização dos direitos e, ainda, a própria natureza dos direitos como reconhecidos pelos homens e para os homens, aponta para direitos humanos fundamentais

previstos por fontes internas e internacionais, especialmente, nas constituições e nos tratados internacionais.

Para Norberto Bobbio “*Os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais.*” (1192, p. 30). Trata-se de uma perspectiva valorosa no sentido de evidenciar a sedimentação do processo de internacionalização de direitos, não devendo, todavia, os tais direitos positivos universais serem compreendidos como substitutos dos anteriores, os positivos particulares, pois ambos subsistem. Por outro lado, não há falar em direitos típicos, como leciona André de Carvalho Ramos:

[...] os direitos humanos não constituem um conjunto finito, demonstrável a partir de critérios axiológicos-valorativos. Pelo contrário, a análise da história da humanidade nos faz contextualizar o conceito de direitos humanos, *entendendo-o como fluido e aberto*. [...] O processo de alargamento do rol dos direitos fundamentais explicita a sua não-tipicidade, na medida em que se protege um direito fundamental pelo seu *conteúdo*. Esse conteúdo consagra uma intenção de proteger um princípio maior que é a dignidade da pessoa humana, de um ponto-de-vista ético-valorativo. Com isso, verifica-se a existência de uma *cláusula aberta* ou mesmo um *princípio de não-tipicidade* dos direitos fundamentais. Há sempre a possibilidade de uma compreensão aberta do âmbito normativo das normas de direitos humanos, o que fixa margens móveis para o conjunto de direitos humanos assegurados em uma determinada sociedade. (2002, p.11)

Na sequência o autor conclui: “*Assim, considero que se enquadra como direito fundamental da pessoa humana, então, aquele direito cujo conteúdo é decisivamente constitutivo da manutenção da dignidade da pessoa humana em determinado contexto histórico.*”¹ Importa, então, ressaltar os direitos fundamentais da pessoa humana ou os direitos humanos fundamentais veiculados tanto pela Constituição quanto por tratados internacionais, sobre os quais se passa a considerar

2. TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: CONCEITO E DIFERENCIAÇÃO

Um conceito de tratado internacional se encontra na Convenção de Viena de 1969. Conhecida como a Lei dos Tratados traz em seu art. 2º, § 1º, “a”, os seguintes termos: “*Tratado significa um acordo internacional celebrado entre Estados em forma escrita e regido pelo direito internacional, que conste, ou de um instrumento único ou de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica*”. Na doutrina, Francisco Rezek apresenta um conceito considerando não apenas os Estados com capacidade para celebração de tratadosⁱⁱ: “*Tratado é todo acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos*”. (2002, p.14)

Os tratados internacionais de direitos humanos apresentam especificidades a serem consideradas, inclusive para o devido tratamento diferenciado. Como já assente internacionalmente:

Los tratados de derechos humanos tienen, por su contenido, características especiales que los diferencian del resto de los tratados. Así lo declaro la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva 2: ‘La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general y en particular, La Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son La protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por El bien común, asumen varias obligaciones, no em relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción’. Del mismo modo, ya se había pronunciado la Comisión Europea de Derechos Humanos cuando declaro “que la obligaciones asumidas por las altas partes contratantes em la Convección (europea) son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones de parte de las altas partes contratantes em vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre las altas partes contratantes”ⁱⁱⁱ.

A partir daí e da doutrina de Antonio Cançado Trindade, em 2011, apontamos as seguintes diferenças dos tratados internacionais de direitos humanos: a) veiculam direitos fundamentais internacionalmente reconhecidos, com a fixação de parâmetros mínimos de

proteção aos indivíduos; b) em seus comandos, juridicamente vinculantes, há deveres para os Estados-partes como meio de alcançar os objetivos convencionados, em especial, o de adequação do ordenamento jurídico interno; c) preveem mecanismos de controle e monitoramento mediante órgãos administrativos e judiciais com procedimentos próprios a fim de fazer valer seus comandos; d) a interpretação de seus comandos está norteada por interesses que transcendem os interesses dos Estados-partes, porque predominantemente relativos à promoção, à implementação e à garantia de direitos fundamentais; e) causam impacto no ordenamento jurídico interno ao reforçar, ampliar ou até mesmo inovar os direitos internamente reconhecidos e, portanto, devem ser considerados na interpretação dos direitos fundamentais com primazia da norma mais favorável para eventual caso de conflito de normas.

3. O ENTENDIMENTO MAJORITÁRIO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RELATIVO À INCORPORAÇÃO E À HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: UMA VISÃO CRÍTICA

Findo o complexo processo de elaboração do tratado internacional, com fases internas e externas, sua incorporação no ordenamento jurídico brasileiro, segundo entendimento no Supremo Tribunal Federal, depende da expedição de um decreto presidencial (o qual não se confunde com o decreto legislativo, a autorização do Congresso para o Presidente da República proceder a ratificação).

Ocorre que, salvo exceção prevista no próprio tratado internacional, a ratificação é o marco inicial para surtir efeitos jurídicos no plano internacional, daí a necessidade de uma revisão quanto à exigência do tal decreto presidencial, uma exigência costumeira e não constitucional. É pensar que os tratados inclusive criam mecanismos de fiscalização e controle os quais podem ser acionados a partir da ratificação (regra).

Outra questão, para o Supremo Tribunal Federal, é a da hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos. Até 1977, ainda sem considerar as distinções entre esses e os demais tratados, o posicionamento foi no sentido da superioridade diante do direito interno. A partir de 01/06/1977, com o julgamento do RE 80004/SE (Rel Min. Xavier de *Revista Thesis Juris – São Paulo, V.2, N.1, pp. 49-78, Jan./junho.2013*

Albuquerque), o entendimento passou a ser no sentido da paridade desses instrumentos com o direito comum, inclusive possibilitando a prevalência do direito interno posterior e contraditório com os comandos dos tratados.

Em dezembro de 2004, mediante EC n. 45, adveio o comando constitucional do art. 5º, § 3º, considerando equivalente à emenda constitucional o tratado de direitos humanos aprovado tal como se aprova a emenda constitucional. Com isto se pretendia colocar fim nas divergências surgidas, em especial doutrinárias, o que não foi possível. Isto porque naquela data vários tratados internacionais já estavam incorporados no ordenamento interno para os quais não se poderia exigir o novo regramento. Com a crescente corrente capitaneada por Cançado Trindade em prol da hierarquia constitucional para tais instrumentos a questão tomou novas proporções e, de 2006 a 2008 foi revisitada pelo Supremo Tribunal Federal diante do problema da prisão civil do depositário infiel proibida pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), mas possibilitada pela Constituição Federal (Julgamento do RE 466.343/SP, conjuntamente do RE nº 349.703/RS – Rel. Min. Calos Britto - e dos habeas corpus nº 87.585/TO - Rel., suc. Do Min. Ilmar Galvão, Min Marco Aurélio). Foram dois os entendimentos que surgiram:

De um lado o Min. Celso de Mello defendeu a hierarquia constitucional, inclusive com suporte no direito comparado, como segue parte de seu voto:

Assim, a Constituição do Reino dos Países Baixos, promulgada em 1983, permite, expressamente, que qualquer cláusula de tratado internacional que se revele incompatível com a Carta Política do Estado holandês seja, não obstante o vício de inconstitucionalidade, suscetível de incorporação ao direito interno daquele País, desde que o tratado venha a ser aprovado pelo voto de dois terços dos membros integrantes das Câmaras que compõem os Estados-Gerais (Artigo 91, n. 3). O mesmo ocorre com a recente Constituição do Peru (1993), que admite a incorporação de tratados inconstitucionais, desde que esse ato de direito internacional público seja “aprovado pelo mesmo procedimento que rege a reforma da Constituição [...]” (Artigo 57). A Constituição argentina de 1853, por sua vez, com as inovações introduzidas pela reforma de 1994, atribuiu hierarquia constitucional a determinados tratados internacionais que versem o tema dos direitos humanos (Artigo 75, n. 22). Vê-se, portanto, que já se esboça, no plano do direito constitucional comparado, uma

significativa tendência contemporânea que busca conferir verdadeira equiparação normativa aos tratados internacionais de direitos humanos em face das próprias Constituições políticas dos Estados, atribuindo, a tais convenções internacionais, força e autoridade de norma constitucional.

Por outro lado o Min. Gilmar Mendes pregou a hierarquia supralegal, sendo vencedor, por diferença de um voto. Logo, atualmente, o entendimento majoritário no Supremo Tribunal Federal quanto à questão da hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos é no sentido de que estão abaixo da Constituição, mas acima do direito comum, a supralegalidade já defendida pelo Min. Supúlveda Pertence relator no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 79.785-7/RJ, julgado em 29.03.2000, tribunal pleno, o qual se assemelha a decisão do legislador tributário de 1966, conforme art.98^{iv} do Código Tributário Nacional e, ainda, no direito constitucional comparado, conforme Cançado Trindade (2003,509), a França (art. 55), a Itália (art. 10, § 1º), os EUA (art. 6º, II), a Grécia (art. 28, § 1º), o Paraguai (arts. 137 e 141), o Equador (art. 163), El Salvador (art. 144, n.2)^v, Alemanha (art. 25) e Guatemala (art. 46).

Com relação aos tratados internacionais de direitos humanos posteriores ao advento do § 3º ao art. 5º, deverão, então, observar o novel regramento para receber hierarquia constitucional (formal e material).

Nosso entendimento, como será reforçado nas considerações finais, é no sentido de conceder hierarquia constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, conforme a doutrina de Cançado Trindade e os seguidores dessa corrente cada vez mais sólida. É preciso esclarecer que as normas oriundas dos tratados de direitos humanos são materialmente constitucionais e não ofendem a rigidez constitucional, pois suas normas não devem ser aplicadas quando menos benéficas em comparação as normas previstas no texto constitucional, observando-se, assim, o princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano como meio para resolver eventual conflito de normas.

Por consequência do reconhecimento da hierarquia constitucional, a posição desses instrumentos para fins de controle da constitucionalidade é a de parâmetro, tal como é a Constituição formal^{vi}. Isto porque impõem, aos Estados-Partes, o compromisso jurídico de

adequar a legislação interna aos comandos internacionais, um compromisso perante a comunidade internacional avocando deveres para si e direitos para as pessoas. Assim, as normas desses instrumentos internacionais integram o rol dos direitos para o fim de interpretação da Constituição, ao lado das normas formalmente constitucionais. Isto se mostra como reforço para proteção dos direitos humanos em âmbito interno e como meio para evitar o controle efetuado pelos órgãos internacionais com possível responsabilização do Estado por descumprimento do tratado internacional, mediante o “controle de convencionalidade” (expressão promovida por Valério Mazuoli, para quem tal controle também ocorre em âmbito interno). Como já mencionado, o entendimento aqui é no sentido de ocorrer o controle da constitucionalidade enriquecido com os novos parâmetros, as normas materialmente constitucionais dos tratados de direitos humanos; mesmo porque a norma mais benéfica pode estar na Constituição e não no tratado internacional

4. A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO E DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

A interpretação das normas jurídicas não é tarefa fácil. A própria linguagem se apresenta como objeto de estudos próprios, como na obra de Genaro R. Carrió, intitulada “Notas sobre derecho y lenguaje”, onde, entre outros problemas abordados, há o da ambigüidade e o da vagueza no uso das palavras (1973, pp. 26-35). Francesco Ferrara adverte sobre a distinção entre a lei e a letra da lei:

A lei, porém, não se identifica com a *letra* da lei. Esta é apenas um meio de comunicação: as palavras são símbolos e portadores de pensamento, mas podem ser defeituosas. Só nos sistemas jurídicos primitivos a *letra* da lei era decisiva, tendo um valor místico e sacramental. Pelo contrário, com o desenvolvimento da civilização, esta concepção é abandonada [...] (1978, p. 128).

Como lecionado por Celso Bastos:

Para dar-se início à atividade de interpretação é necessário que o intérprete além de conhecer as normas jurídicas, defina quais são os caminhos lógicos a serem trilhados, quais os recursos a serem utilizados, ou ainda, quais os métodos que podem ser adotados para se atingir um entendimento com foros de veracidade e legitimidade. (2002, p. 52).

Os métodos dizem respeito à hermenêutica e cada qual é apenas um meio e não um fim em si mesmo. São aptos para a atividade interpretativa a fim de aplicar a norma a um caso concreto, ou, mesmo, a um caso hipotético^{vii}. A hermenêutica é a ciência que dita regras para a atividade interpretativa a fim de buscar o adequado sentido e alcance da norma geral, produzindo a norma individual. Há, portanto, nítida interdependência entre hermenêutica e interpretação, já que essa se vale daquela para a solução de um problema jurídico. Já a solução de um problema jurídico com a aplicação da norma é o diferencial entre a interpretação jurídica e outras interpretações. Nesse sentido Francesco Ferrara:

A interpretação jurídica não é semelhante à interpretação *história* ou *filológica*, que se aplica aos documentos e que esgota a sua missão quando acha um dado sentido histórico, sem curar depois se é exacto ou não, harmônico ou contraditório, completo ou deficiente. Mirando à aplicação prática do direito, a interpretação jurídica é de sua natureza essencialmente *teleológica*. O jurista há de ter sempre diante dos olhos o fim da lei, o resultado que quer alcançar na sua actuação prática; a lei é um ordenamento de protecção que entende satisfazer certas necessidades, e deve interpretar-se no sentido que melhor responda a esta finalidade, e, portanto, em toda a plenitude que assegure tal tutela. (1978, p. 30).

Também Carlos Maximiliano:

Interpretar uma expressão de Direito não é simplesmente *tornar claro* o respectivo dizer, abstratamente falando; é, sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta. Não se trata de uma arte para simples deleite intelectual, para o gozo das pesquisas e o passatempo de analisar, comparar e explicar os textos; assume, antes, as proporções de uma disciplina eminentemente prática, útil na atividade diária, auxiliar e guia dos realizadores esclarecidos, preocupados em promover o progresso, dentro da ordem; bem como dos que ventilam nos pretórios os casos controvertidos, e dos que decidem os litígios e restabelecem o Direito postergado. (2003, p. 8).

O Direito - com a interpretação de suas normas - está voltado à vida real para disciplinar e solucionar, bem por isso se relaciona com outras ciências, como a Sociologia, a Antropologia, a Psicologia etc. Daí a interpretação e a hermenêutica estarem em constante evolução a fim de melhor atender necessidades reais. Uma evolução da interpretação jurídica foi o surgimento, como espécie, da interpretação constitucional.

O fato de a Constituição, embora lei como as demais, possuir certas particularidades a ensejarem atividade interpretativa diferenciada já se mostrou patente com Carlos Maximiliano^{viii} e outros doutrinadores, como Themistocles Bandão Cavalcanti^{ix}, Paulo Bonavides^x, José Horácio Meirelles Teixeira^{xi}, Luís Roberto Barroso^{xii}, Márcia Haydee Porto de Carvalho^{xiii}. Para Celso de Bastos são peculiaridades das normas constitucionais: posicionamento singular; inicialidade fundante; caráter aberto e sua atualização; linguagem; opções políticas na Constituição^{xiv}. Glauco Barreira Magalhães Filho assevera:

Com o reconhecimento da supremacia e da normatividade plena da Constituição no Estado Moderno, os direitos fundamentais são considerados como limite não apenas da atividade administrativa, mas também, da legiferante. Não há, portanto, nenhuma dúvida mais sobre a juridicidade e aptidão de eficácia dos princípios estabelecidos no Estatuto Básico da Sociedade, e esse reposicionamento dos direitos fundamentais tornou necessário o surgimento de uma nova hermenêutica, porquanto as normas que os definem possuem estrutura diferente daquelas que têm as normas infraconstitucionais. (2004, p. 59).

Consolidada a interpretação constitucional como espécie da interpretação jurídica, o mesmo se afirma quanto à hermenêutica constitucional, a qual se preocupa com as regras e os métodos atinentes à específica interpretação da Constituição. J.J. Canotilho apresenta catálogo com os seguintes princípios: princípio da unidade da constituição, princípio do efeito integrador, princípio da máxima efetividade, princípio da justeza ou da conformidade funcional, princípio da concordância prática ou da harmonização e, por fim, o princípio da força normativa da constituição (2000, pp .1.186-1.189). Os métodos clássicos de interpretação jurídica, todavia, não devem ser desprezados, como advertido por Inocêncio Mártires Coelho:

Se lei e Constituição, enquanto objetos culturais, são materialmente idênticas, participando de tudo quanto se refere às coisas do espírito, quaisquer diferenças que porventura existam entre elas haverão de se restringir a aspectos externos, não essenciais, como sua *estrutura normativo-material* e a *função* que desempenham no ordenamento jurídico. Essa é a razão por que Antonio Enrique Perez Luño, mesmo reconhecendo a existência daqueles elementos diferenciadores, lança a advertência de que o caráter específico da interpretação constitucional e a sua autonomia, em face da interpretação jusprivatística, não supõem ignorar os traços comuns a qualquer atividade interpretativa. (2003, p. 39).

Para a interpretação da Constituição, todos os métodos interpretativos, específicos ou não, estão à disposição do intérprete constitucional, principalmente ao se tratar dos direitos humanos fundamentais, haja vista o momento atual do constitucionalismo, centrado na garantia desses direitos e também na pluralidade de intérpretes, como assevera Peter Häberle:

No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elemento cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. [...] O conceito de interpretação reclama um esclarecimento que pode ser assim formulado: quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por cointerpretá-la. (1997, p.13).

O reconhecimento de uma pluralidade de intérpretes para a Constituição confirma a relevância do seu posicionamento supremo no ordenamento jurídico a fim de garantir direitos humanos fundamentais.

Os direitos fundamentais, impulsionadores do movimento do constitucionalismo, são direitos constitucionais por excelência. A Declaração francesa de 1789, com caráter universal, proclamou que a sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos nem determinada separação dos poderes, não tem Constituição. Nesse sentido, advieram as Constituições e mesmo a dos Estados Unidos de 1787 recebeu emendas para reconhecer direitos. Todavia, o reconhecimento de direitos em textos constitucionais e até internacionais não foi suficiente para evitar violações das mais diversas, como as da Segunda Grande Guerra. Conforme Celso Lafer foi preciso uma reconstrução desses direitos^{xv}. A partir de então, os direitos humanos ganharam

nova dimensão além dos limites territoriais de cada Estado. Ao lado das conquistas do constitucionalismo quanto aos direitos fundamentais, outras surgiram com a internacionalização dos direitos marcada pelo advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. A expressão “universalização dos direitos humanos” surge e, embora oponentes avocando as peculiaridades políticas, econômicas, culturais, morais e religiosas de cada Estado (as quais não devem ser ignoradas), abriu-se caminho para a internacionalização de direitos, não mais interesses exclusivamente locais.

Consta da Declaração de Viena, adotada em 25 de junho de 1993, especificamente em seu § 5º:

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A Comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente, de maneira justa e equânime, com os mesmos parâmetros e com a mesma ênfase. As particularidades nacionais e regionais e bases históricas, culturais e religiosas devem ser consideradas, mas é obrigação dos Estados, independentemente de seu sistema político, econômico e cultural, promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

Os direitos humanos, independentemente do teor da Constituição de cada Estado, são reconhecidos internacionalmente mediante as declarações, as convenções e os pactos internacionais de direitos humanos. Conforme Manoel Gonçalves Ferreira Filho “Os direitos fundamentais são, hoje em dia, plenamente reconhecidos na esfera internacional. Disso faz fé a Declaração Universal dos Direitos do Homem, entre outros documentos” (2008, p.92).

A incorporação dos diversos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio resulta interação desses instrumentos com a Constituição, já que ambos os instrumentos trazem direitos humanos fundamentais. Assim é no Brasil, pois os direitos humanos estão reconhecidos na Constituição de 1988 e em diversos tratados internacionais incorporados no ordenamento jurídico. No texto constitucional, desde o Preâmbulo, tais direitos são considerados como valores supremos de uma sociedade comprometida na ordem interna e internacional. Também no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias há indicação da

abertura do Brasil para a ordem internacional, pois conforme seu art. 7º o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional de direitos humanos, realidade, atualmente.

No Título I (arts.1º a 4º) estão os princípios relativos às estruturas básicas do sistema, os princípios fundamentais, os quais para J.J. Canotilho (2000, p. 349) são os princípios estruturantes do Estado. Um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a dignidade da pessoa humana (art.1º, III), portanto, de forma privilegiada, já que inserida como princípio fundamental estruturante do Estado jurídico brasileiro. Para o Brasil significa a positivação, com *status* constitucional, do princípio da dignidade humana reconhecido na Declaração Universal de Direitos de 1948, como asseverado por Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p.64), para quem o Constituinte ao consagrar expressamente a dignidade humana no título dos princípios fundamentais, “reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal” (2007, p.67/68). Ao encontro, portanto, da própria filosofia, no caso de Immanuel Kant, no sentido de que o homem é fim e não meio. Talvez por isso, no texto constitucional analítico de 1988 tal princípio também está em outros artigos referentes à ordem econômica, à família, à criança e ao idoso (arts.170, 226, § 7º, 227 e 230).

Com fundamento na dignidade humana, alguns objetivos do Estado brasileiro estão explicitados no art. 3º, como o de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação (inc.IV). Para as relações internacionais, constam do o art.4º alguns princípios, entre eles, o princípio da prevalência dos direitos humanos (inc.II). Isso sem prejuízo do que assevera Pedro Dallari:

As normas constitucionais relativas à inserção do Brasil na comunidade internacional se desdobram por todo o texto da nova Carta. Não vinculados explicitamente ao tratamento do tema das relações exteriores do País, dispositivos cujo teor encerra forte incidência nessa temática estão presentes nos diferentes Títulos da Constituição [...] (1994, pp .151-152).

A Constituição de 1988 apresenta o mais extenso rol de direitos fundamentais na história constitucional brasileira^{xvi}, com ampliação dos direitos individuais, inclusão de direitos coletivos

e difusos, e ainda, uma série de garantias. No Título II (artigos 5º a 17) estão os direitos e deveres individuais e coletivos (cap. I), os direitos sociais (cap. II), os direitos da nacionalidade (cap. III) e os direitos políticos e atinentes aos partidos políticos (caps. IV e V). A própria localização topográfica desses direitos é privilegiada em comparação às Constituições anteriores. Sobre isso leciona Paulo Bonavides:

Com a queda do positivismo e o advento da teoria material da Constituição, o centro de gravidade dos estudos constitucionais, que dantes ficava na parte organizacional da lei magna – separação de poderes e distribuição de competências, enquanto forma jurídica de neutralidade aparente, típica do constitucionalismo do Estado Liberal – se transportou para a parte substantiva, de fundo e conteúdo, que entende com os direitos fundamentais e as garantias processuais da liberdade, sob a égide do Estado social. [...] Com efeito, a esfera mais crítica e delicada para o estabelecimento de um Estado de Direito era, na idade do Estado Liberal, a organização jurídica dos Poderes, a distribuição de suas competências e, por conseguinte, a harmonia e o equilíbrio funcional dos órgãos de soberania, bem como a determinação de seus limites. Hoje, os direitos fundamentais ocupam essa posição estrutural culminante. (2003, pp. 584-586).

O autor também adverte que: “Os direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam; concretizam-se” (2003, p.592), o que está em perfeita harmonia com a determinação para aplicabilidade imediata, nos termos do art. 5º, § 1º^{xvii}.

Em harmonia com a dignidade humana e com a prevalência dos direitos humanos, no § 2º do art. 5º, há a seguinte autorização para recepção de outros direitos: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Portanto, o rol dos direitos fundamentais não é exaustivo.

Direitos fundamentais existem por todo o texto constitucional e, conforme Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serra Nunes Júnior “a importância de qualificar direitos constitucionais como fundamentais reside no regime jurídico de proteção especial que a Constituição lhes outorgou”^{xviii}. No Julgamento da ADIN 939-7/DF restou assente a existência de direitos individuais fora do art. 5º, o que, posteriormente, repetiu-se no julgado da ADIN-MC 1497-

8/DF. A identificação de direito individual fora do art. 5º resulta reconhecê-lo como direito petrificado, conforme art. 60, § 4º, inc. IV^{xix}, o que, mediante uma leitura contemporânea do mencionado comando de petrificação e em prol do princípio da proibição do retrocesso, pode ser estendido para todos os direitos fundamentais.

Para além, há direitos fundamentais fora do texto constitucional. A parte final do § 2º do art. 5º é clara quanto à recepção dos direitos oriundos dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Nesse sentido Carlos Mário da Silva Velloso apresenta a seguinte classificação dos direitos fundamentais:

Em votos proferidos no Supremo Tribunal Federal^{xx}, tenho sustentado que são três as vertentes, na Constituição da República, dos direitos e garantias: a) direitos e garantias expressos na Constituição; b) direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição; c) direitos e garantias inscritos nos tratados internacionais firmados pelo Brasil (Constituição Federal, art. 5º, § 2º). (2005, p. 20).

Assim, os tratados internacionais de direitos humanos incorporados no ordenamento jurídico pátrio devem receber hierarquia constitucional, tanto os já incorporados no ordenamento anteriormente ao advento do art. 5º, § 3º, (conforme entendimento do Min. Celso de Mello, seguido por outros ministros^{xxi}, no julgamento do RE 466343-1/SP conjunto do RE 349.703-1/RS, HC n. 87.585/TO e HC n.92.566-9/SP) quanto os que surgiram – e surgirão - posteriormente, conformando com a doutrina de Antônio Augusto Cançado Trindade, entre outros.

Considerar a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos é reconhecê-los como fonte primária do Direito, já que compreendidos na acepção ampla de lei, fonte primária por excelência. A incorporação dos tratados internacionais no ordenamento jurídico interno causa impacto positivo na ordem constitucional, já que reforçam, complementam ou mesmo aumentam o rol dos direitos reconhecidos na Constituição. Ainda quando um direito já consta do texto constitucional, sua veiculação por tratado internacional não é mera reprodução, porque há no tratado o aparato internacional de monitoramento e controle que pode e deve ser acionado caso o sistema interno se mostre insuficiente na proteção do direito.

As normas relativas à abertura constitucional para as questões de direitos humanos não podem sofrer retrocesso. Pedro Dallari trata da irreversibilidade da constitucionalização dos temas de relações exteriores nos seguintes termos:

A ênfase atribuída pela Assembleia Nacional Constituinte ao tratamento constitucional dos temas de relações exteriores não deverá vir a sofrer reversão. Seja no que diz respeito particularmente à enunciação dos princípios destinados a servir de parâmetros para a inserção internacional do Brasil, seja no que se refere aos demais dispositivos constitucionais com repercussão, direta ou indireta, no campo das relações exteriores, o enfoque da matéria no patamar da Constituição parece ser algo consolidado, sujeito apenas a um processo natural de renovação e aperfeiçoamento. (1994, p. 187) .

Tal irreversibilidade está expressa em tratados internacionais de direitos humanos, a exemplo do art. 5º, 2, do Pacto sobre Direitos Cíveis e Políticos^{xxii} e no art. 5º, 2, do Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ao encontro do princípio da segurança jurídica.

A ênfase concedida aos direitos fundamentais pela Constituição Federal de 1988 é o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil, possibilitando sua inserção no sistema internacional de proteção dos direitos humanos mediante a ratificação de tratados internacionais de direitos humanos.

A Declaração Universal de 1948, assinada pelo Brasil em 10.12.1948, inaugurou a contemporânea concepção de direitos humanos sob o reconhecimento da dignidade humana, consolidando a internacionalização, de forma solene, dos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais. Compartilha-se do entendimento no sentido de que a Declaração de 1948 possui força jurídica vinculante. Nesse sentido, há Constituições com referência expressa à Declaração de 1948, como a Constituição de Portugal de 1976 (art. 16), da Nicarágua de 1987 (art. 46) e da Argentina de 1853, com as reformas de 1994 (art. 75, n. 22), inclusive essa última concedendo-lhe expressamente hierarquia constitucional no ordenamento interno. No mais, conforme lições de Norberto Bobbio:

[...] a comunidade internacional se encontra hoje diante não só do problema de fornecer garantias válidas para aqueles direitos, mas também de aperfeiçoar continuamente o conteúdo da Declaração, articulando-o, especificando-o, atualizando-o, de modo a não deixá-lo cristalizar-se e enrijecer-se em fórmulas tanto mais solenes quanto mais vazias. Esse problema foi enfrentado pelos organismos internacionais nos últimos anos, mediante uma série de atos que mostram quanto é grande, por parte desses organismos, a consciência da historicidade do documento inicial e da necessidade de mantê-lo vivo fazendo-o crescer a partir de si mesmo. Trata-se de um verdadeiro desenvolvimento (ou talvez mesmo, de um gradual amadurecimento) da Declaração Universal, que gerou e está para gerar outros documentos interpretativos, ou mesmo complementares, do documento inicial. (1992, p. 34).

O Brasil ratificou e continua a ratificar tratados internacionais de direitos humanos, sejam advindos do sistema global emanados da Organização das Nações Unidas, sejam oriundos do sistema interamericano na órbita da Organização dos Estados Americanos. Todos esses instrumentos internacionais veiculam direitos humanos fundamentais e nessa condição devem ser considerados na atividade interpretativa da Constituição. Se por determinação expressa do Constituinte não se deve excluir os direitos provenientes dos tratados internacionais incorporados no ordenamento jurídico pátrio (art. 5º, § 2º, p.f.), tais direitos devem ser considerados pelo intérprete constitucional. Vale dizer, interpretar a Constituição não se restringe às normas daquele texto, mas abarca também as normas dos tratados internacionais de direitos humanos. Conforme José Alfredo de Oliveira Baracho:

A noção de direitos humanos ou direitos fundamentais do homem assume grande importância na Constituição e no Direito Internacional, com destaque para as garantias jurisdicionais e de ordem processual desses direitos e sua repercussão na pluralidade das ordens jurídicas existentes. [...] A correlação entre o Direito Internacional e o direito interno, com as regras de interpretação, integração e aplicação, ocupa lugar de relevo nas buscas jurídicas. [...] A relação entre direitos humanos, Direito Internacional e Direito Constitucional, constitui tema cada vez mais significativo para o constitucionalismo contemporâneo. Na América Latina, várias tendências têm surgido no que se refere ao conteúdo das próprias constituições. Dentro dessa projeção, indagam-se, também as componentes constitucionais dos direitos humanos. A eficácia constitucional dos direitos humanos, na ordem interna, está vinculada a questões práticas do acesso à justiça e de sua

administração, bem como à eficácia real e às limitações socioeconômicas que impedem a sua realização. Ressalte-se também o significado da indissociabilidade entre os direitos humanos do Direito Constitucional Interno e os do Direito Internacional. Os direitos humanos são constitucionalmente reconhecidos, bem como sua exigibilidade jurídica. (2008, pp. 135-137).

José Roberto Dromi refere ao “constitucionalismo del ‘por-venir’” o qual “debe compenetrarse, estar influído hasta identificarse con la verdad, la solidaridad, el consenso, la continuidad, la participación, la integración y la universalización.” (1997, p.114) Quanto ao “constitucionalismo universalista”, o autor leciona:

En razón de los requerimientos de la adaptación de las Constituciones, en vísperas del siglo XXI, y desafiados por una nueva axiología política, que há puesto el acento en la seguridad, en la solidaridad, en la eticidad, en la realización plena del hombre, las Constituciones deben ser auténticamente universalistas. Universalistas em la concepción, em la protección, em la tutela del ambiente, de los derechos humanos, em la protección de los derechos de la dignidad de la vida, y también em el castigo a toda forma de discriminación, que haga de los hombres un modelo deshumanización. [...] De alguna forma, constituyen estas pautas las notas que caracterizan la concepción universalista de las Constituciones del tiempo por venir. No pueden ser Constituciones para comunidades locales, cerradas, Constituciones para algunos, sino para todos los habitantes del mundo que quieran habitar cualquier suelo, bajo cualquier signo pátrio (1197, pp. 115-116).

Se o princípio da dignidade humana é fundamento da proteção dos direitos humanos em âmbitos interno e internacional, necessário que, na tarefa interpretativa dos direitos constitucionais se considere a ampliação do objeto de interpretação para abranger os direitos oriundos dos tratados internacionais de direitos humanos, o que vem ao encontro das seguintes lições de Jorge Miranda:

A interpretação jurídica deve ser não só objectivista como evolutiva, por razões que cremos evidentes: pela necessidade de congregar as normas interpretandas com as restantes normas jurídicas (as que estão em vigor, e não as que estavam em vigor ao tempo da sua publicação), pela necessidade de atender aos destinatários (os destinatários actuais, e não

os do tempo da entrada em vigor das normas), pela necessidade de reconhecer um papel activo ao intérprete, ele próprio situado no ordenamento em transformação. E também a interpretação constitucional deve ser, e é efectivamente, evolutiva – pois qualquer Constituição é organismo vivo, sempre em movimento como a própria vida, e está sujeita à dinâmica da realidade que jamais pode ser captada através de fórmulas fixas. (2003, pp . 394-395).

José de Oliveira Baracho noticia que na Espanha há uma interpretação conforme os tratados internacionais de direitos humanos e é realidade em outros Estados:

A jurisdição constitucional, decorrente dos Tribunais Constitucionais tem um papel relevante no desenvolvimento das novas perspectivas dos direitos fundamentais e dos direitos humanos. Constituições como a da Espanha consagram o princípio da interpretação, por via de criação jurisprudencial, ao entender o princípio da interpretação de conformidade com os tratados sobre os direitos humanos, ratificados pela Espanha (art. 10.2: “as normas relativas aos direitos fundamentais e as liberdades que a Constituição reconhece interpretam-se de conformidade com a Declaração de Direitos Humanos, tratados e acordos internacionais sobre as mesmas matérias ratificadas pela Espanha”). (2008, p.131).

Assim, a atividade interpretativa dos direitos fundamentais não pode ser desvinculada dos direitos humanos provenientes dos tratados internacionais, o que, atualmente é uma necessidade para alcançar a norma mais protetiva, esteja ela na Constituição ou em tratado internacional. Mesmo que a norma esteja em ambos os instrumentos deve ser considerada no sentido de ressaltar o reconhecimento internacional, valendo, nesse caso, como um reforço para a proteção do direito, em especial devido à existência de uma justiça internacional subsidiária.

No Supremo Tribunal Federal, seja no controle difuso ou no controle concentrado da constitucionalidade, os Ministros têm considerado os tratados internacionais de direitos humanos em seus votos, em especial no que tange às liberdades. Exemplo marcante foi o caso da prisão civil de depositário infiel (RE 466343/SP) dando ensejo até mesmo à edição da Súmula Vinculante n. 25, a saber: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.” Merece também menção o julgado do RE 511961-1/SP acerca da exigência de diploma para jornalistas, pois além da interpretação da Convenção Americana de

Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), especificamente o teor do seu art. 13, foi considerado o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Resta trazer algumas considerações para o caso de eventual conflito entre norma constitucional e norma de tratado internacional de direitos humanos, para o qual o próprio aparato disponível para a específica interpretação da Constituição deve ser utilizado. Destaca-se, para tanto, o princípio da unidade constitucional que para J.J. Canotilho:

...com ele se quer significar que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas. Como ‘ponto de orientação’, ‘guia de discussão’ e ‘factor hermenêutico de decisão’, o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar [...] Daí que o intérprete deva sempre considerar a normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios. (2000, p. 1.186).

Sobretudo, impõe-se o princípio da primazia da norma mais favorável, constante de tratados internacionais. São as cláusulas que, primando pelo não retrocesso em matéria de direitos humanos, não admitem restrições dos direitos que veiculam – e como veiculam - caso exista melhor proteção em outro diploma legal, seja interno ou internacional. Para Antônio Cançado Trindade:

No presente domínio de proteção, o direito internacional e o direito interno, longe de operarem de modo estanque ou compartimentalizado, se mostram em constante interação, de modo a assegurar a proteção eficaz do ser humano. Como decorre de disposições expressas dos próprios tratados de direitos humanos, e da abertura do direito constitucional contemporâneo aos direitos internacionalmente consagrados, não mais cabe insistir na primazia das normas do direito internacional ou do direito interno, como na doutrina clássica, porquanto o primado é sempre da norma – de origem internacional ou interna – que melhor proteja os direitos humanos; o Direito Internacional dos Direitos Humanos efetivamente consagra o critério da primazia da norma mais favorável às vítimas. (2000, pp. 25-26).

A Constituição da Venezuela de 1999 concede hierarquia constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos e determina a aplicação da norma mais benéfica em caso de conflito^{xxiii}. Na Argentina há entendimento no sentido da aplicação da norma mais favorável e, considerando a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, também o entendimento no sentido de que normas constitucionais não se contradizem, vale dizer, a aplicação do princípio da unidade da Constituição. Nesse sentido, a doutrina de Juan Pablo Cafiero e outros:

Desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, y tal como expresa el dictamen de la mayoría de la Comisión de Integración y Tratados Internacionales, tratándose de derechos fundamentales debe aplicarse al caso concreto la norma más favorable al ser humano, es decir, la aplicación del principio pro hominis. [...] Con La reforma constitucional de 1994, los tratados internacionales de derechos humanos enumerados en El inc. 22 del art. 75, tienen jerarquía constitucional y, por tanto, rango superior al resto de los tratados no enumerados (aunque fuesen de derechos humanos) y la ley. Las normas sobre derechos humanos contenidas en estos tratados y en la propia Constitución tienen la misma jerarquía; por tanto, deberá aplicarse el principio pro hominis y el principio por el cual las normas con jerarquía constitucional no se contradicen ni neutralizan entre sí. (1996, pp. 40-41).

No Brasil, o princípio da primazia da norma mais favorável está positivado. É o princípio fundamental da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, inc.II) acrescido do comando do §2º do art. 5º, que não exclui outros direitos decorrentes de tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Para Pedro Dallari:

A prevalência dos direitos humanos enquanto princípio norteador das relações exteriores do Brasil e fundamento colimado pelo País para a regência da ordem internacional não implica tão-somente o engajamento no processo de edificação de sistemas de normas vinculadas ao Direito Internacional Público. Impõe-se buscar a plena integração das regras de tais sistemas à ordem jurídica interna de cada Estado, o que ressalta a importância do já mencionado §2º do art. 5º da Constituição brasileira de 1988, que dá plena vigência aos direitos e garantias decorrentes ‘dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’ (1994, p. 162).

A não aplicação do princípio da primazia da norma mais favorável contraria preceitos internos e internacionais, ofendendo o princípio da segurança jurídica. Nesse sentido, a ordem jurídica apresenta solução para os casos de eventuais conflitos, restando reconhecer que as normas internacionais de direitos humanos se harmonizam no ordenamento jurídico interno, reforçando e ampliando os direitos constitucionalmente reconhecidos e não podem ser desprezadas na interpretação da Constituição, seja para aplicar a norma constitucional, seja para buscar norma parâmetro para o controle da constitucionalidade, concentrado ou difuso. Daí a distinção entre interpretação da constituição e interpretação constitucional, ou, ainda, nas palavras de Luiz Roberto Barroso interpretação direta e a interpretação indireta:

Será direta quando determinada pretensão se fundar em um dispositivo constitucional. Por exemplo: alguém vai a juízo em defesa de sua liberdade de expressão (CF, art. 5º, IX) ou na defesa do seu direito de privacidade (CF, art. 5º, X). E será indireta sempre que uma pretensão se basear em uma norma infraconstitucional. É que, nesse caso, a Constituição figurará como parâmetro de validade da norma a ser aplicada, além de pautar a determinação de seu significado, que deverá ser fixado em conformidade com ela. (2009, p).

No último caso, portanto, antes de aplicar as normas infraconstitucionais aos casos concretos, necessário saber se encontram fundamento de validade na Constituição. Para tanto, impõe-se a interpretação da Lei Maior, por força da inicialidade fundante de suas normas. O precedente disto está no célebre julgado no caso *Marbury vs Madison*, em 1803, quando o juiz Marshall, sedimentando o controle difuso da constitucionalidade, determinou caber ao juiz aplicar as leis, mas antes disto, verificar se estão em harmonia com a Constituição.

Atualmente, estar em harmonia com a Constituição significa estar em harmonia também com os ditames internacionais de direitos humanos. Para interpretar a Constituição é necessário considerar os ditames dos tratados internacionais de direitos humanos que se harmonizam na ordem constitucional, inclusive com meios para resolução de eventuais conflitos, o que se alcança com a aplicação dos princípios de interpretação, como o da unidade da Constituição e, em especial, o princípio da primazia da norma mais favorável.

CONCLUSÃO

O entendimento atual e majoritário no Supremo Tribunal Federal quanto à incorporação e hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos é no sentido de que após a ratificação necessário se faz um decreto presidencial para o instrumento seja incorporado no ordenamento jurídico e o será com hierarquia supralegal (mas inconstitucional) caso seu processo de formação não esteja conforme o art. 5º, §3º da CB/88. Caso contrário, ou seja, tendo cumprido as exigências de elaboração daquele comando, será equivalente à emenda constitucional.

Com relação à incorporação, a exigência costumeira do decreto presidencial não é constitucional e vem de encontro ao fato de que após o ato da ratificação tal instrumento começa a surtir seus efeitos em âmbito internacional. O âmbito internacional, é preciso ressaltar, não é estrangeiro, não é estranho ao âmbito interno, mas sim paira sobre ele, onde se encontra inclusive a jurisdição internacional, subsidiária, mas válida para o âmbito interno nos termos propostos em tratados ratificados pelo Brasil, diga-se, no exercício de sua livre soberania.

Já quanto à hierarquia normativa, embora o prevalente entendimento do Supremo Tribunal Federal, tais instrumentos ainda que não elaborados nos moldes do art. 5º, § 3º, mesmo porque fruto do Poder Constituinte Reformador (EC.n 45/2004), haja vista serem materialmente constitucionais e ao encontro do que dispõe o art. 5º, § 2º, p.f, assim devem ser considerados, ou seja, hierarquicamente constitucionais, sejam apenas materialmente ou também formalmente no caso de observância no novel comando mencionado.

A partir do pressuposto da hierarquia constitucional para tais instrumentos (material e/ou formal), necessário se faz trazer mais uma particularidade para a específica interpretação constitucional, qual seja, considerar tais normas como objetos de interpretação, seja para o caso de aplicar as normas do texto constitucional, seja para o caso de verificar se uma norma infraconstitucional encontra fundamento de validade na ordem constitucional.

Com isto, é enfrentar o desafio do alargamento da ordem constitucional em consonância com a internacionalização dos direitos a fim de melhorar suas garantias, um dos maiores desafios do Direito Contemporâneo que reclama por uma cidadania além das fronteiras, além de evitar as denúncias, as orientações e as possíveis responsabilizações internacionais, como já existem para o Brasil e com o problema, ainda insolúvel, acerca das suas efetividades.

Demais, não há cogitar em ofensa á rigidez constitucional se este mecanismo existe para proteger e não é outro o objetivo de se veicular direitos em instrumentos internacionais. Para o eventual caso de conflito entre normas previstas no texto constitucional e aquelas dos tratados de direitos humanos, o sistema já disponibiliza meios para resolução, seja com os próprios princípios da interpretação constitucional, com destaque para o princípio da unidade constitucional, seja com aplicação do princípio da primazia da norma mais benéfica, um comando previsto internacionalmente e também na própria Constituição Brasileira de 1988, como se demonstrou. Portanto, se as normas dos tratados de direitos humanos vêm para complementar, inovar ou mesmo reforçar, não devem encontrar obstáculos para receberem o mesmo tratamento das normas genuinamente constitucionais. Caso contrário é negar o próprio Direito, seja como produção do homem, seja reconhecido naturalmente, pois em ambos os casos, existe para proteger o próprio homem.

REFERÊNCIAS

- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional. Aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BASTOS, Celso. *Hermenêutica e interpretação Constitucional*. 3ª ed. SP: Celso Bastos, 2002.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CAFIERO, Juan Pablo. FAUR, Marta Ruth. LLAMOSAS, Esteban Miguel. LEÓN, Juan Méndez Rodolfo Ponce de. VALLEJOS, Cristina Maria *Jerarquia constitucional de los tratados internacionales. Fundamentos. Tratados de derechos humanos. Operatividad. Tratados de integración. Acción positivas. Derecho a la vía. Derecho de réplica*. In: VEJA, Juan Carlos; GRAHAM, Marisa Adriana (Directores). Buenos Aires: Ástrea de Alfredo Y Ricardo Depalma, 1996.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CARVALHO, Márcia Haydee Porto de. *Hermenêutica Constitucional – Métodos e princípios específicos de interpretação*. Florianópolis. Ed. Obra Jurídica Ltda., 1997.
- CAVALCANTI, Themistocles Bandão. *Do controle da Constitucionalidade*, RJ: Forense, 1966.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.
- CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 5ª reimpression. Abeledo-Perrot, 1973

- DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. *Constituição e relações exteriores*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- DROMI, José Roberto. La reforma constitucional. El constitucionalismo Del ‘por-venir’. La reforma de La Constitución. In: ENTERRIA, Eduardo Garcia; AREVALO, Manuel Clavero (Directores). *El derecho publico de finales de siglo.Una perspectiva iberoamericana*. Cidade: Madrid: Civitas: Fundacion BBV, 1997.
- FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Trad. Manuel A Domingues de Andrade. 3ª ed. Coimbra: Armênio Amado –Editor, sucessor, 1978.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008
- FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- _____. *Desobediência civil, direito fundamental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- GOMES, Luiz Flávio; VIGO, Rodolfo Luis. *Do Estado de Direito Constitucional e Transnacional: riscos e precauções (navegando pelas ondas evolutivas do Estado, do Direito e da Justiça)*. Dir. Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini. Trad. Yellbin Morote García. Vol. III. Coleção de Direito e Ciências Afins. São Paulo: Premier Máxima, 2008.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- LUÑO, Antonio E. Perez. Los derechos fundamentales. In: *Temas clave de La constitucion española*. 5ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1993.
- MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição*. BH: Mandamentos, 2004.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19ª ed., RJ: Forense, 2003.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais. Estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15ª ed. 1º vol. Rio de Janeiro. São Paulo. Recife: Renovar, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público. Curso elementar*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RAMOS. André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos. Análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. São Paulo: Renovar, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. 2º vol. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Tratados internacionais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Tratados Internacionais na ordem jurídica brasileira*. Prefácio José Francisco Rezek. São Paulo: Aduaneiras, 2005.

ⁱ RAMOS. André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos. Análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. São Paulo: Renovar, 2002, p. 11-13.

ⁱⁱ Segundo Celso de Albuquerque Mello: “A matéria que devemos mencionar agora é a de se saber quem pode concluir tratados: estados, organizações internacionais, Santa Sé, beligerantes, insurgentes, Comitê Internacional da Cruz Vermelha, movimentos de libertação nacional, etc. Esta enumeração não pretende ser exaustiva, porque as Constituições, ou até mesmo tratados, podem conceder o ‘*treaty-making power*’ a outras coletividades. Assim a própria Constituição do Brasil autoriza os estados-membros da federação, municípios e o Distrito Federal a realizarem operações externas de natureza financeira e estas são, muitas vezes, realizadas sob a forma de tratados (acordos internacionais)” (*Direito constitucional internacional*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 275).

iii CAFIERO, Juan Pablo. FAUR, Marta Ruth. LLAMOSAS, Esteban Miguel. LEÓN, Juan Méndez Rodolfo Ponce de. VALLEJOS, Cristina Maria. *Jerarquia constitucional de los tratados internacionales. Fundamentos. Tratados de derechos humanos. Operatividad. Tratados de integración. Acción positivas. Derecho a la vía. Derecho de réplica.* VEJA, Juan Carlos. GRAHAM, Marisa Adriana (Directores). Buenos Aires: Ástrea de Alfredo Y Ricardo Depalma, 1996, p. 32-33.

iv “Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observadas pela que lhes sobrevenha.”

v MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais. Estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 131-136.

vi Nesse sentido nossa publicação: *Os tratados internacionais de direitos humanos e o controle da constitucionalidade.* São Paulo: Ltr, 2011.

vii Segundo Celso Bastos: “É evidente que enquanto o estudioso estiver situado no campo dogmático da lei, provavelmente não enfrentará dúvidas interpretativas. Estas surgem apenas quando do confronto do texto com um caso concreto ou hipotético.” (Op cit., p.48).

viii Op Cit., 2003, p.248.

ix *Do controle da Constitucionalidade*, RJ: Forense, 1966, p.37.

x *Curso de Direito Constitucional*, 13ª ed., SP: Malheiros, 2003, p.458.

xi *Curso de Direito Constitucional*, org. e atual. Por Maria Garcia, RJ: Forense Universitária, 1991, p.265.

xii *Interpretação e aplicação da Constituição*, 5ª ed, SP: Saraiva, 2003, p.151.

xiii *Hermenêutica Constitucional. Métodos e princípios específicos de interpretação*, Ed. Obra Jurídica, 1997, p.53.

xiv BASTOS, Celso. *Hermenêutica e interpretação constitucional.* 3ª ed., Celso Bastos Editor, p. 105.

xv LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.* São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

xvi Conforme Paulo Bonavides: “A Constituição de 5 de outubro de 1988 foi de todas as Constituições brasileiras aquela que mais procurou inovar tecnicamente em matéria de proteção aos direitos fundamentais. Não o fez, porém, sem um propósito definido, que tacitamente se infere do conteúdo de seus princípios e fundamentos: a busca em termos definitivos de uma compatibilidade do Estado social com o Estado de Direito mediante a introdução de novas garantias constitucionais, tanto do direito objetivo como do direito subjetivo.” (*Curso de direito constitucional.* 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 548).

xvii Art. 5º, §1º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”

xviii ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional.* 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 127.

xix Art. 60, § 4º: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...]IV- os direitos e garantias individuais”.

xx O autor menciona em nota (n. 24): “ADI 1.480-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 18/05/01; HC 76.561/SP, Rel. Min. Nelson Jobim, Plenário, 27/05/98, DJ de 02/02/01”.

xxi Por diferença de um voto prevaleceu o entendimento do Min. Gilmar Mendes pela hierarquia supralegal, mas infraconstitucional.

xxii Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado-Parte no presente Pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau.

xxiii “A Carta Constitucional da Venezuela, de 17 de novembro de 1999, a esse respeito, é para nós, um modelo a ser seguido. De fato, a recente Constituição venezuelana, dispõe, em seu art. 23, que os tratados, pactos e convenções internacionais relativos a direitos humanos, subscritos e ratificados pela Venezuela, ‘têm hierarquia constitucional e prevalecem na ordem interna, na medida em que contenham normas sobre seu gozo e exercício mais favoráveis às estabelecidas por esta Constituição e pela Lei da República, e são de aplicação imediata e direta pelos tribunais e demais órgãos do Poder Público’”. (Mazzuoli, Valerio de Oliveira. *Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais*, p. 282).