

GASI SAID LAHAM JUNIOR

**A INCORPORAÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS
À CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA: A ABERTURA
INTERNACIONAL**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Emérito Dr. Manoel Gonçalves Ferreira Filho

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2017

GASI SAID LAHAM JUNIOR

**A INCORPORAÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS
À CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA: A ABERTURA
INTERNACIONAL**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação do Prof. Emérito Doutor Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

Versão corrigida em 09 de abril de 2018. A versão original, em formato eletrônico (PDF), encontra-se disponível na CPG da Unidade.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2017

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Laham Junior, Gasi Said

A incorporação de tratados internacionais à Constituição brasileira: a abertura internacional / Gasi Said Laham Junior: orientador Manoel Gonçalves Ferreira Filho -- São Paulo, 2017.

271

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

1. Teoria Geral do Direito Constitucional. 2. Internacionalização do Direito.
3. Tratados Internacionais. I. Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, orient. II. Título.

Nome: Laham Junior, Gasi Said.

Título: A incorporação de tratados internacionais à Constituição brasileira: a abertura internacional

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação do Professor Emérito Doutor Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

*Aos meus pais
e todos os índigos.*

AGRADECIMENTOS

Citar nomes no momento de agradecer é sempre um risco por diversas, mas duas principais razões: a primeira, é que a mente nem sempre guarda com a mesma precisão aqueles que indispensavelmente nos tocaram o coração; a segunda, é que as influências das pessoas que tocaram minha vida durante esses anos franciscanos, haverão de serem sentidas ao longo dos meus anos, conforme meu desenvolvimento pessoal, vai pouco a pouco sendo capaz de absorver cada momento e situação vividos.

Entretanto, a sensação que de um lado esse risco me transmite, e de outro, a sensação do silêncio na menção de alguns nomes que foram absolutamente fundamentais na realização deste verdadeiro sonho, me põe maior aflição o silêncio. Por esta razão, faço par àqueles que escolhem correr o risco, sem não antes afirmar minhas sinceras desculpas por inevitáveis omissões.

Ao meu orientador Manoel Gonçalves Ferreira Filho, cuja oportunidade a mim oferecida de ser seu aluno representa uma verdadeira “titulação autônoma”, ao meu sentir. Prezado Mestre, ainda me lembro com o calor deste momento, a primeira vez em que o Senhor me respondeu um e-mail, fortificando em mim a chama de que talvez eu realmente poderia me tornar um acadêmico na velha, e sempre nova academia, a Faculdade de Direito do Largo São Francisco. Após, suas sucessivas demonstrações de solicitude com este absoluto desconhecido, ficou marcado em mim um profundo exemplo de humildade e a valiosa lição de que ao lhe almejar orientador, não fui ousado no apreço que me impus, uma vez que a bem da verdade, a vida assim me permitiu ao ser eu o escolhido. Com a ousadia de conclusões que se exaurem no silêncio dos olhares, talvez o Senhor tenha visto em mim, o mesmo jovem desconhecido que um dia o Senhor foi, e, por certo, teve seus esforços aliados a tudo que um desconhecido, mas ansioso por vencer na vida necessita: oportunidade! Muito obrigado pela chance de mudar meu destino de maneira tão digna, através da educação.

Aos Professores José Levi Mello do Amaral Junior, Roger S. Leal, Carlos Bastide Horbach, Elival da Silva Ramos, Mônica Herman S. Caggiano, Paulo Borba Casella (DI), Rogério Arantes (FFLCH), obrigado pelos ensinamentos, incentivo e solidariedade.

Aos funcionários Mario Paulino, Marcos Lino, Aurélio Ribeiro, e aos amigos que pude fazer, Ana Luiza, Roque de Siqueira (*in memoriam*), Érico Mesquita pela torcida e auxílio.

Aos amigos de sempre, por cada apoio que me deram, por cada troca de ideias e por cada gesto nos momentos difíceis, me olhando com calma e me fazendo lembrar de mim mesmo.

Aos meus irmãos pela confiança, constrangedora, que sempre me depositam.

A Stellinha, por ter pisado naquela pedra com seu pé tão pequeno na Rua Dona Maria Paula e deixado uma lembrança no caminho onde eu passava todos os dias.

Aos meus pais, cujo trabalho eu dedico. Pai, Mãe, por que tudo isso? Estamos mesmo caminhando rumo a uma maior evolução, fará mesmo sentido tudo isso um dia ou estamos apenas incontinentemente a nos maltratar na busca da chegada de um ponto que parece se afastar quando estamos prestes a tocá-lo? Uma coisa pelo menos é certa: o amor! Cada vez mais amor...

A tudo que perdi, e a tudo que posso conquistar.

Foi no dia 30 de dezembro de 2001 que meu pai e eu fomos a São Paulo para participar da Corrida de São Silvestre e meu pai quis me mostrar um pouco do que ele conhecia dessa cidade que hoje mora no meu coração. Ao passarmos em frente a Faculdade de Direito do Largo São Francisco, ele me chamou atenção para algumas esculturas e citou José de Alencar (sempre inspirado). Me disse que muitos poetas já estudaram nessa faculdade e me questionou: "já pensou se você estudar aí um dia, Juninho?" Contemplei em silêncio aquela academia imponente como se tentasse absorver um pouco da sua grandeza. Em seguida, num tom de brincadeira meu velho e sempre herói quebrou o silêncio dizendo: "ah, você já é meio poeta mesmo!" Demos muita risada e continuamos nosso passeio, andando por ruas que eu mal sabia que um dia se tornariam rotina na minha vida. Ao chegar nesta reta final do Mestrado na 'velha e sempre nova academia', minha sensação não mudou; ainda olho com reverência para este imponente prédio que sempre me põe em silêncio, mas hoje me sinto em casa, me sinto uma pequena parte de sua grande história. E levo a seguinte lição no coração: ou perseguimos nossos sonhos, ou eles nos perseguem...

Muito obrigado!

*“Você pode dizer que eu sou um sonhador
Mas eu não sou o único
Espero que um dia você se junte a nós
E o mundo viverá como um só
(...)”*

*“You may say, I’m a dreamer
But I’m not the only one
I hope someday you’ll join us
And the world will live as one
(...)”*

(LENNON, John. *Imagine*, 1971)

RESUMO

LAHAM JUNIOR, Gasi Said. **A Incorporação de Tratados Internacionais à Constituição Brasileira: a abertura internacional**. 2017. 271 p. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Este trabalho se propõe a analisar o fenômeno da abertura da Constituição ao Direito Internacional, a incorporação de tratados, com destaque àqueles sobre direitos humanos devido a tendência de se consagrar direitos fundamentais no aspecto internacional, razão pela qual se considera este tipo de tratado a principal “chave de abertura” das Constituições. Perseguindo esse objetivo, o trabalho está dividido em três partes. Na primeira delas, desenvolver-se-á uma análise histórica em dois momentos distintos: o primeiro deles se analisará as Constituições brasileiras anteriores no que se relaciona ao tema especificamente; no segundo analisar-se-á a questão transnacional, observando-se para tanto os fenômenos da globalização e o momento pós-Segunda Guerra Mundial, passando por alguns temas de teoria geral do Direito Constitucional e finalizando esta primeira parte observando-se a atual Constituição brasileira dentro desta ordem de análise. Na segunda parte do trabalho é analisada a incorporação de tratados internacionais à Constituição brasileira de 1988, dividindo-se a análise em tratados internacionais comuns e tratados internacionais sobre direitos humanos. Nesta segunda parte será investigada a jurisprudência e doutrina nacionais primordialmente, no que diz respeito a hierarquia desses tratados na ordem interna. Na terceira e última parte se analisará as consequências da abertura da ordem interna ao Direito Internacional. Por derradeiro, demonstrar-se-á que a questão da hierarquia dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro não está totalmente resolvida, além de outras questões ainda pendentes de harmonização no ordenamento, uma vez que a reforma constitucional de 2004 por meio da Emenda Constitucional n. 45 não enfrentou amplamente o tema, o que revela uma inaptidão da atual Constituição dentro desta temática.

Palavras-chave: 1. Teoria Geral do Direito Constitucional. 2. Internacionalização do Direito. 3. Tratados Internacionais.

ABSTRACT

LAHAM JUNIOR, Gasi Said. **The Incorporation of International Treaties to the Brazilian Constitution: the international opening.** 2017. 271 p. Dissertation. University of São Paulo, Faculty of Law.

This work aims to analyze the Constitution opening phenomenon to the International Law, the incorporation of treaties, with emphasis on those about human rights due to a tendency to declare fundamental rights in the international field, which is why this type of treaties is here considered as the main Constitutions' "opening key". Pursuing this goal, the work is divided into three parts. In the first one, a historical analysis will be developed in two distinct moments: at the first one the previous Brazilian Constitutions will be analyzed according to their relation to the theme; at second, the transnational question will be analyzed as well, observing the globalization phenomenon and the after World War II moment, describing some themes of general theory of Constitutional Law and finalizing this first part with the analysis of the current Brazilian Constitution at the same path. In the second part of the paper, the incorporation of international treaties into the Brazilian Constitution of 1988 is analyzed, whose analysis is divided into common international treaties and international treaties on human rights. In this second part, the national jurisprudence and doctrine will be primarily investigated, regarding to the hierarchy of these treaties in the domestic order. The third and final part will analyze the consequences of the internal opening order to the International Law. Lastly, it will be demonstrated that the question of hierarchy of international treaties in the Brazilian legal system is not totally solved, as well as other pending issues of harmonization in the legal system, since the 2004 Constitutional Amendment n .45 did not widely face the theme, which reveals a disability of the current Constitution in this area.

Keywords: 1. General Theory of Constitutional Law. 2. Internationalization of Law. 3. International treaties.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
PARTE I – ASPECTOS HISTÓRICOS	19
CAPÍTULO I – O DIREITO CONSTITUCIONAL ANTERIOR E SUA EVOLUÇÃO ...	19
1.1 Constituição Política do Império do Brasil – 1824	19
1.2 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil – 1891	23
1.3 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil – 1934	27
1.4 Constituição dos Estados Unidos do Brasil – 1937	30
1.5 Constituição dos Estados Unidos do Brasil – 1946	36
1.6 Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 e a Emenda n. 1 de 1969..	40
CAPÍTULO II – O FENÔMENO TRANSNACIONAL: A ABERTURA DA CONSTITUIÇÃO	45
2.1 O Direito dos tratados: breve consideração histórica.....	45
2.2 A internacionalização do Direito: a matriz do fenômeno	48
2.2.1 A ideia do conceito de soberania.....	51
2.2.2 Poder Constituinte e sua legitimação	59
2.2.3 A internacionalização do Direito	67
2.3 O processo de redemocratização do Brasil: a Constituição de 1988	97
PARTE II – A INCORPORAÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988	103
CAPÍTULO I – TRATADOS INTERNACIONAIS COMUNS	103
1.1 Processo de ratificação	103
1.2 Incorporação de tratados <i>comuns</i> : entre o monismo e o dualismo.....	114
1.3 Hierarquia dos tratados comuns no direito positivo brasileiro.....	124
1.3.1 Supremo Tribunal Federal e o RE 80.004	133
CAPÍTULO II – TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS..	143
2.1 Breve concepção sobre direitos humanos	143
2.1.1 O risco de vulgarização dos direitos fundamentais	147
2.2 Os direitos fundamentais na Constituição brasileira.....	150
2.2.1 Direito Fundamental material e formal	153
2.2.2 A possibilidade de uma cláusula constitucional aberta – art.5º, §2º	156
2.3 Hierarquia dos tratados de direitos humanos no direito positivo brasileiro.....	160

2.3.1 O procedimento trazido pela Emenda Constitucional n. 45/2004 – art.5º, §3º .	170
2.3.2 Supremo Tribunal Federal e o RE 466.343	181

PARTE III – CONSEQUÊNCIAS DA ABERTURA DA ORDEM INTERNA AO DIREITO INTERNACIONAL.....	194
CAPÍTULO I – REFLEXOS NA ORDEM JURÍDICA.....	194
1.1 A definição de um bloco de constitucionalidade	194
1.2 O Controle de convencionalidade das leis	204
1.3 Responsabilidade Internacional do Estado brasileiro	215
1.4 Incidente de deslocamento de competência para a justiça federal – art. 109, § 5º ..	224
CONCLUSÃO	239
REFERÊNCIAS.....	254

INTRODUÇÃO

Dentre as tendências do Direito Constitucional contemporâneo, vários são os desafios que comporão os principais temas a serem compreendidos neste século que se inicia, sendo um deles a convergência de sistemas constitucionais. Esta aproximação, poderá trazer inúmeras consequências estruturais na concepção de Direito do Estado que a chegamos, até então, podendo tais transformações se firmarem como um novo modelo de Estado, ou regredirem, conforme o curso imprevisível da história se mostrar conveniente ao desenvolvimento destas tendências.¹

Dentre estas tendências, uma que sem dúvida alguma apresenta-se como um desafio contemporâneo de quem pretende compreender o Direito Constitucional, é a interação da Constituição entre os planos constitucional interno e internacional, e, de maneira inevitável, a compreensão do quanto esta interação afeta ou pode vir a afetar a noção de Constituição, sua supremacia e consequentes necessidades de adaptações para se inserir neste cenário de coisas e *fazer parte*. Por essa razão, a compreensão de como um tratado internacional é incorporado à ordem interna, seu posicionamento normativo e suas consequências, é primordial neste contexto.

O constitucionalismo contemporâneo vive uma verdadeira expansão e o antigo temor de que a letra da norma constitucional restasse apenas uma “*Law in the Books*” (DAHL, Robert A., 1988)², deu lugar a uma verdadeira *força normativa da Constituição* (HESSE, K., 1991)³. Paradoxalmente, entretanto, observa-se a preocupação do constituinte derivado em proceder mudanças no texto Constitucional para acomodar tratados internacionais à realidade doméstica – ocorrendo igual fenômeno no direito comparado.⁴

Duas fortes justificativas para tanto, normalmente apontadas pela doutrina, assentam-se em dois acontecimentos históricos que impulsionaram o fenômeno da proliferação de tratados – e com eles o da conformidade – gerando, desde uma associação

¹ Basta ver, por exemplo, o conhecido plebiscito – tratado como referendo – recentemente convocado na Inglaterra com sua consequente retirada da União Europeia.

² DAHL, Robert Alan. *On Democracy*, New Haven London: Yale University Press, 1988.

³ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

⁴ Veja, por exemplo a atual Constituição de Portugal que, para se adequar ao Estatuto de Roma e submeter-se ao Tribunal Penal Internacional, alterou seu artigo 7º, item 7, passando a vigorar com a seguinte redação: “Portugal pode, tendo em vista a realização de uma justiça internacional que promova o respeito pelos direitos da pessoa humana e dos povos, aceitar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, nas condições de complementaridade e demais termos estabelecidos no Estatuto de Roma. (Artigo 7.º Relações Internacionais), dentre outros exemplos.

de Estados, a uma necessidade de se pensar além-fronteiras, quais sejam: o pós-Segunda Guerra Mundial e a Globalização.⁵

É flagrante o fato de nos últimos cem anos, ter-se multiplicado entes que associam Estados independentes, sendo que muitas são as razões para isso: umas, de ordem econômica, outras, determinadas pelas necessidades de segurança, são ‘mercados comuns’, ‘organizações internacionais’ – destas, algumas de âmbito regional, outras, de intento global.

Na verdade, o Direito Internacional assumiu, essencialmente depois da Segunda Guerra Mundial, um novo posicionamento. Acrescentou à sua esfera tradicional – a disciplina das relações entre Estados – um novo campo, qual seja, o da afirmação e proteção dos direitos fundamentais. Como aponta a doutrina, isto era até então impensável. O direito constitucional clássico considerava o indivíduo como estranho, sendo recente a mudança de perspectiva. Foi isto motivado pelo vilipêndio aos direitos fundamentais que caracterizou os regimes totalitários. Nasceu em reação às violações do nazismo e tomou ainda maior impulso após as revelações acerca dos abusos ocorridos na União Soviética. Este novo posicionamento ditou, por um lado, a afirmação internacional dos direitos fundamentais, por outro, o desenvolvimento de sistemas de proteção internacional de tais direitos, seja por atuação política, seja por meio jurisdicional.⁶

O ápice desta nova era leva a criação da Organização das Nações Unidas – ONU – ao final da Segunda Guerra, em 1945, com o objetivo de assegurar à paz e estimular o respeito aos direitos fundamentais [...].⁷ Isto leva a ONU, em 1948, a editar a Declaração Universal dos Direitos do Homem, verdadeiro marco divisor.

Independentemente de sua apresentação como força de lei, ou não, a Declaração referida acaba por se impor como um código de conduta para os Estados integrantes da comunidade internacional, consolidando um parâmetro para a proteção desses direitos, o que inevitavelmente toca a relação do Direito Internacional com o Direito

⁵ “A globalização – a mundialização das relações políticas, econômicas e sociais – ensejada pelos meios de transporte, certamente intensifica esse fenômeno associativo. Realmente, ela traz questões que se põem numa dimensão que supera as possibilidades dos Estados tradicionais. Disto resulta a necessidade de estes se associarem, ganhando melhores condições para enfrenta-las”. Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Princípios Fundamentais do Direito Constitucional*, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.311.

⁶ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*, 14ª ed. São Paulo: Saraiva: 2014, Cap. 10, A PROTEÇÃO INTERNACIONAL, p. 110 e ss. No mesmo sentido: CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, 7ª ed., (4ª reimpressão). Almedina, 2003, p.669.

⁷ “[...] 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”. Cf. PREÂMBULO DA CARTA DA ONU.

Constitucional, pois à medida em que os Estados aderem aos documentos internacionais, estes ganham força, e, surge a necessidade de os Estados adaptarem suas constituições, seja para atribuir coerência a um verdadeiro “novo sistema” que se insere pelo ato de incorporação de um tratado à ordem interna, ou para se evitar demais consequências que a participação neste cenário internacional pode gerar, como a responsabilidade internacional pelo descumprimento de um tratado sobre direitos humanos, onde se registrará maior ênfase.

Todas estas adaptações ao texto constitucional, como no caso brasileiro, por exemplo, a EC n. 45/2004, que apesar de conhecida como Reforma do Judiciário, incluiu os parágrafos 3º e 4º ao art. 5º referindo-se a tratados – com maior enfoque neste trabalho, ao § 3º –, representam uma abertura da Constituição à ordem internacional, gerando uma verdadeira “via de mão-dupla”, em que ocorre uma internacionalização do Direito Constitucional e uma constitucionalização do Direito Internacional, à medida que estes interagem.

Na tentativa de refletir sobre a incorporação de tratados internacionais à Constituição brasileira e sua conseqüente abertura internacional, este trabalho buscará responder algumas questões: a Constituição brasileira de 1988 já nasce vocacionada à abertura internacional? A Emenda Constitucional 45 de 2004, procedeu a uma reforma suficiente à atual Constituição brasileira, permitindo uma harmonização entre ordem internacional e nacional? A incorporação de tratados internacionais à ordem interna, notadamente os que versam sobre direitos humanos, tendo em vista o que se apontou acerca da internacionalização no pós-Segunda Guerra, está pacificada no direito interno, especialmente no que diz respeito à hierarquia destes documentos?

Para responder a esses questionamentos, este estudo está dividido em três partes.

Na primeira delas, composta por dois capítulos, busca-se investigar os aspectos históricos do Direito Constitucional pátrio anterior e sua evolução, visitando os textos de cada uma das Constituições brasileiras, observando-se o tratamento da matéria no que concerne à incorporação de tratados, para, sempre que possível, traçar um paralelo comparativo com a atual Constituição brasileira de 1988, onde se pretende demonstrar a fixação de um texto mais aberto à ordem internacional em relação às Constituições passadas. Com isso, procura-se, no capítulo seguinte, apresentar o fenômeno transnacional propulsor deste momento de abertura das Constituições à ordem internacional. Para tanto, após uma breve descrição histórica do direito dos tratados, busca-se compreender a globalização e o momento pós-Segunda Guerra Mundial como as matrizes da internacionalização do Direito. Como estes fenômenos tocam conceitos de teoria geral da Constituição, tais como, a noção

de soberania e a teoria do poder constituinte, será necessário caminhar por estas searas na busca da compreensão de como esses conceitos, base responsável à noção de supremacia da Constituição, podem se relacionar neste cenário, valendo-se em certa medida do direito comparado para compreender como alguns Estados vêm alterando suas constituições para se adaptarem a realidade internacional. Encerra-se esta primeira parte, analisando a influência de todos esses fenômenos na Constituição da República do Brasil de 1988, que, junto a um momento de redemocratização do país, apresentou um texto sem precedentes, no que concerne ao Direito Constitucional anterior do país, demonstrando uma possível vocação a abertura internacional.

Na segunda parte, também composta por dois capítulos, será analisada a incorporação de tratados internacionais à Constituição brasileira de 1988. Para tanto, o capítulo primeiro descreverá como ocorre a incorporação de tratados comuns, sendo estes compreendidos como os que *não* versem sobre direitos humanos, haja vista as peculiaridades destes, necessitarem de uma análise em capítulo próprio. Após, descreve-se o processo de ratificação e visita-se, com brevidade, a clássica discussão que envolve as teorias monista e dualista, observando-se a hierarquia destes tratados no direito positivo brasileiro, tendo em vista, sobretudo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, especialmente pelo silêncio do texto constitucional a este respeito. No capítulo dois desta segunda parte, se discorrerá acerca dos tratados internacionais sobre direitos humanos com atenção a ordem interna e internacional, pelo que já se afirmou. Após uma breve concepção de seus conceitos e sua natureza de direitos fundamentais, com inscrição na Constituição brasileira atual, inclusive, buscará analisar, dentro dos conceitos que cercam a fundamentalidade do tema, somando-se a isto a possibilidade de uma cláusula constitucional aberta inserida no artigo 5º, § 2º do texto de 1988, sem perder de vista a Emenda Constitucional n. 45 de 2004, bem como a jurisprudência da Suprema Corte brasileira, compreender qual a posição destes tratados na ordem doméstica atualmente, inclusive buscando analisar, para posterior conclusão, se a matéria encontra-se pacificada no Brasil, ou não.

Por fim, a terceira e última parte deste trabalho, busca compreender as consequências da abertura da ordem interna ao Direito Internacional. Haja vista a amplitude do tema, foi necessário proceder a uma seleção daquilo que mais de perto se relacionava ao tema proposto, afim de diminuir o risco do que poderia representar verdadeiros trabalhos autônomos. Para tanto, esta derradeira parte consta apenas de um único capítulo, no qual se busca apresentar estes reflexos na ordem jurídica brasileira, como a formação de um bloco de constitucionalidade, inevitável desenvolvimento da noção de um controle de

convencionalidade das leis, ou não, bem como o movimento do poder constituinte derivado reformador, na clara busca de se evitar a responsabilização do Estado em detrimento dos compromissos internacionalmente assumidos, criando um incidente de deslocamento de competência por ocasião do novo § 5º, art. 109 da Constituição, também fruto da reforma constitucional de 2004.

O trabalho envolve, sem dúvida, o princípio da abertura internacional, ou, internacionalização do direito. J. J. Gomes CANOTILHO chega a afirmar que a abertura internacional pressuporá, indissolúvelmente, a abertura da constituição que deixa de ter a pretensão de fornecer um esquema regulativo exclusivo e totalizante assente num poder estatal soberano para aceitar os quadros ordenadores da comunidade internacional.⁸

Para delimitar a pesquisa, pretende-se a observação de hipóteses e o teste de suas viabilidades através da contraposição de ideias e a busca de novos paradigmas constitucionais, portanto, o método hipotético-dedutivo e dialético permeia o desenvolvimento da pesquisa, que se desenvolve inicialmente, e após se conclui, analisando os fundamentos do Direito Constitucional, permeado pelas influências do Direito Internacional e o regime dos tratados internacionais, notadamente os que versem sobre direitos humanos, no que se relaciona com o trabalho e permite a inspeção da dialeticidade proposta, tendo como base os métodos auxiliares de levantamento de dados bibliográfico, histórico, o direito comparado, e a jurisprudência relacionada.

A título de alerta e delimitação, porém, é preciso que se observe que não será objeto da pesquisa o estudo detalhado de institutos do Direito Internacional, bem como tratados ou convenções ratificadas pelo Brasil ou no direito comparado, que serão citados apenas na medida em que se relacionam com o tema proposto. É o caso, por exemplo, do Decreto n. 6.949 de 25-8-2009 (Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência), Estatuto de Roma, ou ainda, discussões mais pormenorizadas sobre o Direito Constitucional e a teoria geral dos direitos fundamentais.

A abertura internacional ou internacionalização do direito cada vez mais faz parte da realidade do Direito Constitucional contemporâneo. Embora o tema a ser tratado seja claramente interdisciplinar, é preciso que se destaque que este se trata de um trabalho de

⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, 7ª ed., (4ª reimpressão). Almedina, 2003, p.369. No mesmo sentido importante doutrina internacionalista estrangeira, Cf., Mark Tushnet, *Comparative Constitutional Law*, in Mathias Reimann, Reinhard Zimmermann, *The Oxford Handbook of COMPARATIVE LAW*, p.1225 a 1257: “Still, the twenty-first century might well see a convergence among constitutionalist systems, prodded in part by the emergence of universal norms of international human rights and a gradual decrease in the size of the margin of appreciation for local variation, and in part by exchanges among constitutional court judges”.

Direito Constitucional, razão pela qual se terá sempre como pano de fundo a preservação da Constituição e sua supremacia. Assim, embora se apresentem diversas adaptações aos textos constitucionais para acomodação de tratados à ordem doméstica e em diversos momentos se colha opinião de autores que parecem almejar uma sorte de superioridade nesta relação entre Direito Internacional e Direito Constitucional, buscará concluir pela indispensabilidade de Constituição nesse momento de abertura à ordem internacional e seu papel fundamental àquilo que parece ser preocupação comum: a preservação e o respeito aos direitos fundamentais, principal “chave de abertura” nesta tendência do Direito Constitucional contemporâneo.

PARTE I – ASPECTOS HISTÓRICOS

CAPÍTULO I – O DIREITO CONSTITUCIONAL ANTERIOR E SUA EVOLUÇÃO

1.1 CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO IMPÉRIO DO BRASIL – 1824

É conhecida a lição de FERREIRA FILHO que, data da Antiguidade a percepção de que, entre as leis, algumas há que organizam o próprio poder; são leis que fixam os seus órgãos, estabelecem suas atribuições, numa palavra, definem a sua Constituição.⁹ Salienta, que na célebre obra *A política*, Aristóteles já deixava clara a distinção entre leis constitucionais e leis outras, comuns ou ordinárias, mas que somente no século XVIII, na Europa ocidental, tal distinção veio a ser valorizada, e isto ocorreu com o propósito de limitar o poder, afirmando a existência de leis que seriam a ele anteriores e superiores, sendo que, somente daí em diante o termo “Constituição” passou a ser empregado para designar o corpo de regras que definem a organização fundamental do Estado.¹⁰

À parte do Decreto de 21-4-1821 de D. João VI que fez vigorar entre nós, por curtíssimo tempo a Constituição espanhola de Cádiz¹¹ ao Brasil,¹² a história do nosso constitucionalismo,¹³ portanto, tem início com a Constituição do Império de 1824 outorgada por D. Pedro I, após dissolvida a assembleia constituinte¹⁴ convocada um ano antes.

⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 38ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 29.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Sobre o tema, cf. BEZERRA, Helga M. Saboia. *A Constituição de Cádiz de 1812*. Revista de Informação Legislativa, ano 50, n. 198, abr./jun., 2013.

¹² “...esse decreto se viu igualmente revogado pela reação do elemento militar português no Rio de Janeiro. Teve a Constituição de Cádiz portanto vigência efêmera. Durou menos de 24 horas!”. Cf. BONAVIDES, Paulo. *A Constituição do Império e as nascentes do constitucionalismo brasileiro*. In: BONAVIDES, Paulo. *As constituições brasileiras: notícia, história e análise crítica*. Paulo Bonavides [et al.]; ROCHA, Cléa Carpi [coord.]. Brasília: OAB Editora, 2008, p. 14.

¹³ “Esse termo polêmico é que alimenta o movimento político e jurídico, chamado constitucionalismo. Esse visa a estabelecer em toda parte regimes constitucionais, quer dizer, governos moderados, limitados em seus poderes, submetidos a Constituições escritas”. Cf. FERREIRA FILHO, op. cit., p. 33.

¹⁴ Esta, compunha-se de “26 bacharéis em direito e cânones, 22 desembargadores, 19 clérigos entre os quais um bispo, e 7 militares entre os quais 3 marechais-de-campo e dois brigadeiros”, cf. MELLO, F. I., Marcondes H. de. *A constituinte perante a história*, Brasília: Senado Federal, 1996, p. 4.

Tendo sido a constituição brasileira mais longeva, até o momento, e emendada apenas uma vez em 1834, foi responsável por instituir a monarquia constitucional e o Estado unitário. Trazia em seu corpo a previsão da separação de poderes com o repetido destaque ao Poder Moderador em seu art. 98, que afirmava ser o Poder Moderador a chave de toda a organização política e delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio, e harmonia dos demais poderes políticos.¹⁵ Redação com nítida inspiração nos escritos de BENJAMIN CONSTANT:

Acabamos de indicar que o carácter desse poder é o de ser neutro para manter todos os outros em equilíbrio. Um rei em um país livre é um ser separado de todos os outros, superior à diversidade de opiniões, sem outro interesse do que manter a ordem e a liberdade, que nunca pode entrar na condição comum, por isso é inacessível as paixões que isso produz, e as que inspiram a perspectiva de um poder momentâneo no ânimo daqueles que estejam revestidos dele por um certo tempo.¹⁶ [tradução nossa]

Assim, a Constituição Política do Império Brasileiro outorgada em 25 de março de 1824 era uma típica Lei Magna de monarquia constitucional, ou seja, estruturada de acordo com o princípio da divisão funcional do Poder, mas com o Imperador investido na chefia do Executivo, logo, o Imperador reinava e governava, detendo em mãos o Poder Executivo (e o Moderador), o Parlamento dispunha do Poder Legislativo, e o então chamado Poder Judiciário era independente.¹⁷

Ao descrever as atribuições políticas e governamentais do Poder Executivo, PIMENTA BUENO já assinalava:

O poder executivo, como já observámos, póde ser considerado por duas faces distintas, como entidade politica e governamental, ou como mero administrador. Na qualidade de poder político e governamental têm elle attribuições correspondentes á sua missão, attribuições que se relacionão com o poder legislativo, judicial, ecclesiastico ou espirital. Tem tambem attributos indispensaveis á direccção e serviço das relações internacionaes, á segurança externa do Estado. No seu caracter de motor político e

¹⁵ Cf. BRASIL. *Constituição Política do Império do Brazil* – de 25 de março de 1824.

¹⁶ CONSTANT, Benjamin. *Curso de política constitucional*. Tradução Marcial Antonio Lopez. Madrid: Imprenta de la Compañía, 1820, t. 1, Capítulo III, p.40. “Acabamos de indicar que el carácter de este poder es el de ser neutro para mantener en equilibrio todos los otros. Un rey en un país libre es un sér separado de todos los demás, superior á la diversidad de opiniones, sin otro interés que el de que se mantenga el órden y la libertad, que nunca puede entrar en la condición común, é inaccesible por lo mismo á las pasiones que ésta produce, y á las que inspira la perspectiva de un poder momentáneo en el ánimo de aquellos que se hallan revestidos de él por cierto tiempo.”

¹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Parlamentarismo*. São Paulo: Saraiva, 1993, p.65.

governamental sua missão abraça tanto a politica interior como exterior em todas as suas dependências.¹⁸ [sic]

Esta ênfase centrada no Poder Executivo, manifestava-se constitucionalmente também à este ramo, nas relações internacionais – “É quem deve promover, dirigir e secundar todos os diferentes interesses sociaes, internos ou externos, perante o poder legislativo, nos paizes estrangeiros e no seio da sociedade nacional;” [sic]¹⁹ – bem como no que diz respeito à celebração de tratados internacionais:

Considerada só em theoria, a attribuição de celebrar tratados não deveria pertencer ao poder executivo, sim ao legislativo; quando porém se trata de examinar e fixar as condições praticas deste importante serviço nacional, e as razões de conveniência publica sobre a delegação de semelhante faculdade, é fácil reconhecer que ella não póde ser attribuida senão ao poder executivo.²⁰ [sic]

Deste modo, previa o art. 102 da Carta do Império que “o Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado”,²¹ e, dentre suas principais atribuições encontravam-se as de fazer tratados de aliança ofensiva e defensiva, de subsidio e comércio, levando-os depois de concluídos ao conhecimento da Assembleia Geral, quando o interesse e segurança de Estado permitirem (art. 102, inciso VIII, primeira parte), pois além dos conhecimentos que são indispensáveis, da compreensão de todos os interesses internacionais e nacionais como dos países estrangeiros era necessário, e admissível, um poder “esclarecido de todas as informações, que opere muitas vezes em segredo”.²²

Se o cenário fosse o de guerra ou ainda urgência das circunstâncias não previstas seria admissível a troca de alguma parte ou possessões do território a contrário *sensu* na letra da Constituição: “Se os Tratados concluidos em tempo de paz envolverem cessão, ou troca de Torritorio do Imperio, ou de Possessões, a que o Imperio tenha direito, não serão ratificados, sem terem sido approvados pela Assembléa Geral” – (art. 102, inciso VIII, parte final).²³

¹⁸ PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro : Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve & C., 1857, p. 233.

¹⁹ *Ibid.*, p. 288.

²⁰ *Ibid.*, p. 246.

²¹ BRASIL. *Constituição Política do Império do Brazil* – de 25 de março de 1824.

²² PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*, op. cit., p. 246.

²³ BRASIL. *Constituição Política do Império do Brazil*, op. cit.

Sobre este ponto e arrimando-nos uma vez mais nas lições de PIMENTA BUENO “é manifesto que quando tal estipulação é contractada em tempo de paz, nenhuma razão póde prevalecer para que a ratificação dispense a aprovação prévia e bem reflectida da assembleia geral, ou a sua denegação” [sic].²⁴ Fazendo-se assim necessário a manifestação da Assembleia Geral para tanto.

Esta Assembleia Geral era, em verdade, o Poder Legislativo que existia com a sanção do Imperador (art. 13). Sua composição consistia de duas câmaras: a dos Deputados e dos Senadores (art.14). E, dentre as suas atribuições (art. 15) encontrava-se, justamente, a de regular a administração dos bens nacionais (art. 15, XV), pois caso não houvesse este controle “a título de celebrar tratados fosse permitido um tal abuso, então o poder executivo se erigiria em supremo dictador”.²⁵ [sic]

Por certo que não falta na doutrina brasileira, analistas que afirmam ter ocorrido justamente o que PIMENTA BUENO alertara para que se evitasse:

A Constituição do Império, ao contrário do que ordinariamente se supõe, foi em seu texto primitivo – o da outorga de 1824 – causa de graves transtornos políticos e origem de dificuldades para lograr-se a paz e a normalidade institucional durante o período da consolidação da Independência, assinalado pela ditadura militar do Imperador e depois, desde a instalação e funcionamento do legislativo ordinário em 1827 até a Abdicação, pelo menosprezo que o autor da Carta parecia votar ao ramo representativo do poder – as duas Casas da Assembleia Geral.²⁶

Sem dúvidas tinha a Carta um potencial de autoritarismo e irresponsabilidade concentrado na esfera de arbítrio do Poder Moderador que, sem dúvida, inibia o exercício regular das competências harmônicas dos três Poderes.²⁷ Sem a reforma do período regencial – o chamado Ato Adicional – a Constituição teria sido um desastre ou tão somente uma fachada ornamental, qual o fora nas mãos do primeiro Imperador.²⁸

²⁴ PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*, op. cit., p. 66.

²⁵ *Ibidem*, p. 247.

²⁶ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 109. Neste particular ponto, com tom um pouco mais discreto, FERREIRA FILHO destaca: “esta foi a prática do Primeiro Império, em que pesem os impulsos absolutistas de D. Pedro I. Este, liberal na ideologia, era autoritário no tempero e, por isso, mal se continha nas lindes do poder que lhe competia segundo a própria Constituição que outorgara ao povo brasileiro”. Cf. *O parlamentarismo*, op. cit., p. 65.

²⁷ *Ibid.*, p.109

²⁸ *Idem*.

O referido Ato Adicional introduz uma relativa autonomia nas províncias; faz com que deputados provinciais sejam invioláveis pelas opiniões emitidas no exercício de suas funções, garante-lhes subsídios para viagens etc.²⁹

De notar-se que no tocante ao processo legislativo somado a relativa autonomia das províncias – num progresso menos centralizador –, o referido Ato obrigava o presidente da província a enviar cópia autêntica de todos os Atos promulgados da Assembleia ao Governo e Assembleias Gerais, a fim de se examinar se eram ofensivos da Constituição, dos impostos gerais e dos direitos das outras províncias ou dos tratados internacionais.³⁰

Analisando a história paradigmaticamente ao que é proposto pelo presente trabalho, notamos que o momento era mais de organização interna, de estabelecimento das bases para um projeto de país – “A Regência nacionalizou o País e legitimou o poder”³¹ – e nem de perto existiam preocupações ao nível internacional nos moldes de relações que se constatarem contemporaneamente, destacando-se aspectos de índole territorial, patrimonial e autopreservação. Não havia falar-se na incorporação de um tratado à Constituição, ideia ainda distante.

1.2 CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL – 1891

Numa visão geral, no dia 15 de novembro de 1889, o Decreto n. 1 proclamou a República Federativa, passando o país a ser dirigido por um governo provisório, encabeçado por Deodoro da Fonseca. A partir de 15 de novembro de 1890, um congresso constituinte funcionou no que fora o Palácio Imperial (hoje, a Quinta da Boa Vista, no Rio de Janeiro), até 24 de fevereiro de 1891, quando a primeira Constituição republicana foi promulgada,

²⁹ *Ibidem*, p. 119.

³⁰ BRASIL. *Lei nº 16 de 12 de agosto de 1834*. “Art. 16. Quando porém o Presidente negar a sanção, por entender que o Projecto offende os direitos de alguma outra Provincia, nos casos declarados no § 8º do art. 10; ou os Tratados feitos com as Ações Estrangeiras; e a Assembléa Provincial julgar o contrario, por dous terços dos votos, como no artigo precedente será o Projecto, com as razões allegadas pelo Presidente da Provincia, levado ao conhecimento do Governo e Assembléa Geraes, para esta definitivamente decidir se elle deve ser ou não sancionado. Art. 20. O Presidente da Provincia enviará á Assembléa e Governo Geraes copias authenticas de todos os Actos Legislativos Provinciaes que tiverem sido promulgados, a fim de se examinar se ofendem a Constituição, os impostos geraes, os direitos de outras Provincias ou os Tratados; casos unicos em que o Poder Legislativo Geral os poderá revogar”. [sic]

³¹ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 125

erigida sobre o propósito de consolidar o regime republicano e o modo de ser federal do Estado. A inspiração do presidencialismo norte-americano era evidente.³²

[...] a ideologia que justificava a hegemonia do modelo político conservador do Império começou a ser seriamente contestada a partir de 1867-1875, quando a segunda reforma eleitoral inglesa e a consolidação da República na França marcaram a inevitável democratização de seus respectivos governos representativos; as teorias do governo misto e do governo parlamentar foram então substituídas pelas da democracia e do parlamentarismo. Referência de todas as monarquias constitucionais, na Inglaterra vigia um parlamentarismo que retirara a Coroa do centro decisório da política; por isso, ela deveria limitar-se a reinar e não governar.³³

Com isto, de um ponto de vista ideológico, a Primeira República foi o coroamento do liberalismo no Brasil. Suas bases constitucionais, traçadas pela geração republicana de 89 – à qual viera unir-se o mais conceituado crítico e poderoso opositor da política imperial vigente, o baiano Rui Barbosa – bem demonstravam o compromisso com a doutrina que não pudera medrar inteiriça no texto outorgado de 1824.³⁴

No que concerne aos tratados internacionais³⁵ já havia, nos moldes atuais, um ato complexo que demandava a união de vontades entre Executivo e Legislativo para aprovação de um documento internacional, embora se perceba pelos escritos de Rui BARBOSA, a recalitrância – ou ignorância – dos entes federados e a chamada de necessidade a uma concentração ao comentar a competência privativa do Congresso Nacional:

São incríveis as anomalias, que, neste sentido, registra a história da federação entre nós. Alguns dos exemplos dessa epidemia de extravagâncias transpõem o domínio da anedota, e irrompem francamente pelo reino da galhofa.

Não vimos porventura corpo legislativo e Governador, de mãos dadas, num dos mais florescentes Estados do norte, votarem, sancionarem, e publicarem uma lei, *aprovar um tratado internacional celebrado pelo Governo da União?* Provavelmente duvidam. E com tanto mais razão, quanto, até hoje, não vimos divulgado o facto na imprensa fluminense [...]. Todas as Constituições federaes do mundo conferem esse poder

³² Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 99.

³³ LYNCH, Christian Edward Cyril; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *O constitucionalismo da inefetividade: a Constituição de 1891 no cativeiro do estado de sítio*. In: BONAVIDES, Paulo. *As constituições brasileiras: notícia, história e análise crítica*. Paulo Bonavides, op. cit., p. 28.

³⁴ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*, op. cit., p. 249.

³⁵ “Entre os atos legislativos emanados do Congresso, figuram certamente, em avultado número, os de mera municidência mas alguns são de reconhecida importância e satisfazem necessidades públicas. Entre estes podem ser mencionados os que se referem às nossas relações internacionais representadas em tratados e convenções sujeitos à nossa aprovação [...]” Cf. BARBOSA, Rui. *Trabalhos jurídicos* (Obras Completas de Rui Barbosa, v. 34, t. 3, 1907). Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1991, p. 74.

exclusivamente às autoridades da União. A nossa fal-o na linguagem mais terminante, art. 34, § 12, e art. 48, § 16. Nem neste ponto as Constituições escriptas outra coisa fazem que declarar simples rudimento de senso commum. O Brasil, todavia, offerece-nos o phenomeno de um Congresso Provincial inteiro, mais um Governador, titulado em sciencias, official graduado no exercito, que discutem, approvam e promulgam convenções estipuladas pelo Governo Federal com paizes estrangeiros. Pode imaginar-se prova mais humilhante de que, em materia constitucional, somos ainda quasi analphabetos?³⁶ [sic]

A crítica reside no fato de a Constituição de 1891, estabelecer com clareza em seu artigo 34, no Capítulo IV – Das atribuições do Congresso, que: “Compete privativamente ao Congresso Nacional: 12. Resolver definitivamente sobre os tratados e convenções com as nações estrangeiras”.³⁷

A este respeito, ao comentar o dispositivo, João BARBALHO escreve: “Assim tambem o que se refere à guerra, aos limites do territorio nacional, commercio exterior e relação com as outras nações, aos tratados internacionais, é objecto que fica a cargo da União; porque esta, e não os Estados d’ella, é que tem representação exterior, personalidade politica internacional”.³⁸ [sic]

Temos, portanto, a união de dois dispositivos Constitucionais, no que concerne ao tema: o mencionado artigo 34, que atribuía competência privativa para resolver definitivamente sobre os tratados e convenções com as nações estrangeiras, e o artigo 48, § 16, que no Capítulo III, versava sobre as atribuições do Poder Executivo: “Art 48 - Compete privativamente ao Presidente da República: 16º) entabular negociações internacionais, celebrar ajustes, convenções e tratados, sempre *ad referendum* do Congresso, e aprovar os que os Estados, celebrarem na conformidade do art. 65, submetendo-os, quando cumprir, à autoridade do Congresso”.³⁹

A este respeito, Rui BARBOSA comenta sob o título “Duas Instâncias”:

No mesmo artigo 34º, interposto apenas um numero, emprega outra vez a Constituição a phrase “resolver *definitivamente*”, a proposito dos tratados com as nações estrangeiras. Por que? Porque no art. 48º, n. 16º, se incumbe ao Presidente da Republica “celebrar ajustes, convenções e tratados, sempre *ad referendum* do Congresso”. Este “*ad referendum* do Congresso” parece que escusaria a clausula do art. 34º, n. 12º. Se, em face do art. 48º, n. 16º, as convenções internacionaes, celebradas pelo

³⁶ BARBOSA, Ruy. *Commentarios à Constituição Federal Brasileira*. (Colligidos e Ordenados por Homero Pires). Vol. II (arts. 16 a 40) Do Poder Legislativo. São Paulo: Saraiva & Cia, 1933, p. 257-258.

³⁷ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* – de 24 de fevereiro de 1891.

³⁸ BARBALHO, João. *Constituição Federal Brasileira*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1920, p. 39.

³⁹ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* – de 24 de fevereiro de 1891, op. cit.

Presidente da Republica, estão adstrictas á ratificação do Congresso, não era necessário outro texto, para instituir a attribuição, conferida ao Congresso, de resolver definitivamente sobre taes acordos. Comtudo, o que já se achava dito no art. 34º, n. 12º, se rediz no art. 48º, n. 16º. Isso porque, definindo-se em cada uma das duas series a alçada constitucional de cada um dos dois poderes, em ambas se deviam enumerar as duas attribuições entre si dependentes. Duas instancias perfazem o curso da operação: o Executivo trata; o Legislativo ratifica. Um resolve *ad referendum*. Resolve o outro *definitivamente*. De modo que a solução *definitiva* do segundo presuppõe a solução *condicional* do primeiro.⁴⁰ [sic]

Por seu turno, João BARBALHO comenta com mais detalhes sobre os tratados:

O presidente da Republica é o órgão de communição d’ella com as outras nações, é a elle que, por seos agentes, cabe a negociação dos tratados (Constituição, art. 48 ns. 14 e 16). E assim deve ser pela sua qualidade de chefe da nação que preside, e para assegurar a discreção e boa expedição dos negocios, como não se conseguiria de alguma assembléa. Mas os tratados são uma troca de concessões e estabelecem reciprocidade de obrigações; ora, não é da alçada do poder executivo empenhar *motu proprio* a responsabilidade da nação, crear-lhe compromissos, obrigar-a, ainda que em permuta de vantagens, o ônus e encargos. Por isso ficou reservada ao congresso nacional a ratificação dos ajustes, convenções e tratados feitos pelo presidente da Republica o que redunda em correctivo e garantia contra possíveis abusos, contra a má comprehensão e compromettimento dos altos interesses nacionaes.⁴¹ [sic]

A Constituição de 1891 criou a Justiça Federal, ao lado da Estadual, situando o Supremo Tribunal Federal no ápice do Poder Judiciário. Para tanto, em sua redação original previa que “Ao Supremo Tribunal Federal compete: III – rever os processos, findos, nos termos do art. 81. § 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela”.⁴²

A este respeito, refira-se, uma vez mais, o comentador à época, João BARBALHO:

Além d’essa, o Supremo Tribunal Federal tem a jurisdição de *appellação* e de *revisão*, tomando conhecimento, com instancia superior: (...) – das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia, quando se tenham pronunciado contra a validade ou applicabilidade de tratados e leis federaes, ou em favor da validade de leis e actos de autoridades estaduais, contestados como contrários á Constituição Federal ou leis da União

⁴⁰ BARBOSA, Ruy. *Commentarios à Constituição Federal Brasileira*. (Colligidos e Ordenados por Homero Pires). Vol. III (arts. 41 a 54) Do Poder Executivo. São Paulo: Saraiva & Cia, 1933, p. 388-387

⁴¹ BARBALHO, João. *Constituição Federal Brasileira*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1908, p. 109.

⁴² BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* – de 24 de fevereiro de 1891, op. cit.

(reintegração da ordem constitucional violada, garantia da supremacia da Constituição sobre todas as leis e governos federal ou estaduais).⁴³ [sic]

De ressaltar-se que foi sob a Constituição de 1891, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o primado dos tratados internacionais em face de legislação interna posterior. Emblemático, nesse aspecto, é o julgamento da Extradicação n.º 7, Rel. Min. Canuto Saraiva, ocorrido em 7.1.1914, em que se anulou julgamento anterior para afastar a aplicação dos requisitos para extradicação da Lei n.º 2.416, de 28.6.1911, em proveito do tratado de extradicação entre os governos do Brasil e do Império Alemão, de 17.9.1877.⁴⁴

Entendimento que, mais tarde, veio a ser modificado.

1.3 CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL – 1934

Como se sabe, a revolução de 1930 conduziu seu líder, Getúlio Vargas, à Presidência da República a 3.11.1930. Em seguida, expede ele o Decreto n. 19.398, de 11.11.1930, que institui o Governo Provisório dos Estados Unidos do Brasil.

Começou declarando que o Governo Provisório exerceria discricionariamente, em toda a sua plenitude, as funções e atribuições, não só do Poder Executivo, como também do Poder Legislativo, até que, eleita a Assembleia Constituinte, estabelecesse ela a reorganização constitucional do País. Esse decreto, na verdade, desconstitucionalizou o País, transformando as normas constitucionais vigentes em simples regras de direito ordinário. Getúlio se inclina para a *questão social*. Logo, cria o Ministério do Trabalho. A revolução respondia, com isso, e desde logo, à República Velha, que uma feita rotulara de questão política a inquietação operária. Prepara novo sistema eleitoral para o Brasil, decretando, a 3.2.32, o Código Eleitoral, instituindo a justiça eleitoral, que cercou de garantias e à qual atribuiu as funções importantíssimas de julgar da validade das eleições e proclamar os eleitos, retirando essas atribuições das assembleias políticas, com o que deu golpe de morte

⁴³ BARBALHO, João. *Constituição Federal Brasileira*, op. cit., p. 66.

⁴⁴ Cf. RODRIGUES, Manoel Coelho. *A Extradicação no Direito Brasileiro e na Legislação Comparada*. Tomo III, Anexo B. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1931. p. 75-78.

na política dos governadores e nas oligarquias que dominavam exatamente em virtude do processo de *verificação de poderes*.⁴⁵

Assim preparado, por decreto de 3.5.32 marca eleições à Assembleia Constituinte para 3.5.33. Dois meses depois, estoura, em São Paulo, a Revolução, que se chamou *constitucionalista*. A derrota dos revoltosos pelo ditador não obsteu mantivesse o decreto anterior de convocação das eleições, que se realizaram no dia apazado, organizando-se a Constituinte que daria ao País a segunda Constituição republicana.⁴⁶

Em excelente artigo, Arnaldo GODOY sintetiza que as discussões da Assembleia Constituinte de 1933-34, que se reuniu no Palácio Tiradentes, no Rio de Janeiro, sob a presidência de Antônio Carlos Ribeiro de Andrada, estão disponibilizadas *on line* no sítio eletrônico do Senado Federal, bem como parcialmente em publicação de 1936 que colaciona as intervenções de Levi Carneiro, deputado constituinte, com ênfase em seus robustos apartes, em tema de presidencialismo, estado de sítio, anistia, imigração estrangeira, entre outros.⁴⁷

Há também ampla bibliografia secundária que enfoca, prioritariamente, as influências recebidas da Constituição do México (1917), de Weimar (1919) e da Espanha (1931). A Constituição de 1934 tratou de várias matérias de natureza não constitucional, propiciando texto analítico - no que foi criticada por Carlos Maximiliano - realçando uma tradição do constitucionalismo brasileiro, pródigo em constituições extensas e abundantes em pormenor. Trata-se de um ambiente constitucional de extrato de inovações úteis ou inevitáveis, na precisa expressão de Afonso Arinos de Mello Franco, em biografia sobre seu pai, Afrânio de Mello Franco, presidente de comissão que preparou um anteprojeto que foi discutido por uma Assembleia Nacional Constituinte.⁴⁸ A Constituição de 1934 ensaia um Estado de Bem-Estar Social que irá permear os arranjos constitucionais futuros, a exemplo de alguns excertos da própria Constituição de 1988.⁴⁹

Com uma ordem de organização diferente, previa no Título I que tratava *Da Organização Federal*, em disposições preliminares, no Capítulo 1, que “Compete

⁴⁵ Cf. SILVA, José Afonso da. *A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934*. In: BONAVIDES, Paulo. *As constituições brasileiras: notícia, história e análise crítica*. Paulo Bonavides, op. cit., p. 61.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Cf. CARNEIRO, Levi. *Pela Nova Constituição*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1936.

⁴⁸ FRANCO, Afonso Arinos de Mello. *Um Estadista da República*. Rio de Janeiro: Nova Aguillar, 1976, p. 1044.

⁴⁹ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *A Constituição de 1934 no contexto da história do constitucionalismo brasileiro*, Revista Jurídica Cesumar - jan./abr. 2017, v. 17, n. 1, p. 181-211 - DOI: <http://dx.doi.org/10.17765/2176-9184.2017v17n1p181-211> - ISSN 1677-6402, p. 184.

privativamente à União: I - manter relações com os Estados estrangeiros, nomear os membros do corpo diplomático e consular, e celebrar tratados e convenções internacionais”, (art. 5º, I).⁵⁰

No capítulo que tratava Do Poder Legislativo, asseverava em seu artigo 40, *a*, ser da competência exclusiva deste Poder “a) resolver definitivamente sobre tratados e convenções com as nações estrangeiras, celebrados pelo Presidente da República, inclusive os relativos à paz”,⁵¹ mantendo a competência privativa do Presidente da República para “celebrar convenções e tratados internacionais, ad referendum do Poder Legislativo” (art. 56, § 6º).⁵²

A este respeito, após analisar a redundância terminológica nas expressões “*ajustes, convenções, tratados*”, REZEK comenta em artigo que a Constituição de 1934 foi, porém, motivo de algum debate a respeito, ante uma alteração redacional presente nos dispositivos que regem a matéria. Desapareceu dessa derradeira norma a referência a “ajustes”, bem assim o advérbio “sempre”, que precedia a expressão *ad referendum*.⁵³

Com competência diminuída,⁵⁴ ao Senado Federal cabia apenas colaborar com a Câmara dos Deputados na elaboração de leis sobre “*tratados e convenções com as nações estrangeiras*” (art. 91, I, *f*).

Conforme destaca a doutrina, o enfoque no Poder Judiciário, a Constituição de 1934 buscou resolver o problema da falta de efeitos *erga omnes* das decisões declaratórias de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, instituindo o mecanismo da suspensão, pelo Senado, das leis invalidas na mais alta Corte. No campo do controle de constitucionalidade, ainda, a intervenção federal em Estados-membros por descumprimento de princípio constitucional sensível foi subordinada ao juízo de procedência, pelo STF, de

⁵⁰ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* – de 16 de julho de 1934.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Idem.*

⁵³ REZEK, Francisco. *Parlamento e tratados: o modelo constitucional do Brasil*. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 41 n. 162 abr./jun. 2004, p. 125.

⁵⁴ “A competência legislativa do Senado vinha mitigada. O texto da lei Maior enumerava os casos em que o Senado colaboraria com a Câmara na elaboração legislativa: estado de sítio, sistema eleitoral e de representação, organização judiciária federal, tributos e tarifas, mobilização, declaração de guerra, celebração de paz e passagem de forças estrangeiras pelo território nacional, tratados e convenções com as nações estrangeiras, comércio internacional e interestadual, regime de portos, navegação de cabotagem e, nos rios e lagos, o domínio da união, vias de comunicação interestadual, sistema monetário e de medidas, banco de emissão, socorro aos estados (art. 91). Na competência legislativa, uma importante: a de rever os projetos de código e de consolidação de leis, que deveriam ser aprovados em globo pela Câmara (art. 91, VII)”. Cf. POLETTI, Ronaldo. *Constituições Brasileiras – 1934*. Vol. III – 3. ed. – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições Técnicas, 2012, p. 37.

representação do Procurador-Geral da República. A Constituição previu expressamente o mandado de segurança.⁵⁵

Na linguagem da Carta de 34, competia a Corte Suprema julgar em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância “quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal” (art. 76, 2, III, *a*), e, aos juízes federais competia processar e julgar, em primeira instância “as causas movidas com fundamento em contrato ou tratado do Brasil com outras nações” (art. 81, *f*).

Em relação a hierarquia destes tratados na ordem interna, Francisco REZEK destaca:

Nos trabalhos preparatórios da Constituição brasileira de 1934 foi rejeitado o anteprojeto de norma, inspirada na carta espanhola de 1931, que garantisse entre nós o primado dos compromissos externos sobre as leis federais ordinárias. A jurisprudência, contudo, não cessou de oscilar até pouco tempo atrás, e a doutrina permanece dividida. Marota Rangel, partidário do primado da norma convencional, enumerou, entre autores de idêntico pensamento, Pedro Lessa, Filadelfo Azevedo, Vicente Ráo, Accioly e Carlos Maximiliano.⁵⁶ Azevedo, quando ainda ministro do Supremo Tribunal Federal, em 1945, publicou comentário demonstrativo da convicção unânime da corte, àquela época, quanto à prevalência dos tratados sobre todo o direito interno infraconstitucional.⁵⁷

O que será oportunamente discutido na Parte II deste trabalho.

1.4 CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL – 1937

Não são necessários cálculos complexos, nem um profundo conhecimento em história, para se constatar que a Constituição de 1934 durou apenas três anos; a Constituição brasileira de menor duração até hoje.

O melancólico término da Constituição de 1934 teve suas razões expressas por Afonso Arinos de Melo Franco, cujas palavras merecem ser transcritas, ainda que um pouco extensas:

⁵⁵ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 99

⁵⁶ Vicente Marotta Rangel. *La procédure de conclusion des accords internationaux au Brésil*; R. Fac. SP (1960), v. 55, p. 264-265, *apud*, REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*. 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 129.

⁵⁷ REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*, op. cit., p. 129.

O agravamento das condições políticas do País, principalmente com a aproximação da sucessão presidencial, tornou precária a existência da Constituição de 1934. O ditador, eleito presidente pelo voto da Assembléia Constituinte, não se conformava com a idéia de abandonar o poder. O levante comunista de 1935, com os seus aspectos boçais de traição e crueldade, veio facilitar o jogo dos que estimulavam a divisão dos extremistas, para facilitar o golpe caudilhista. Para isto contribuiu o levante integralista de 1936. Premida, de um lado, pelo medo e, do outro, por interesses políticos subalternos, a maioria da Câmara e do Senado aprovou as emendas suicidas de 18 de dezembro de 1935, ainda no rescaldo da fogueira da intentona vermelha. A primeira instituía o estado de guerra, figura jurídica obscura, sorte de agravação do estado de sítio, com a provável implantação da pena de morte fora do único caso previsto na Constituição, que era o de guerra externa. A segunda e a terceira retiravam, respectivamente, as garantias dos servidores civis e militares, formalmente no empenho de defender a ordem, mas praticamente deixando todos à mercê das interpretações do presidente. Era fatal a marcha para o 10 de novembro. O ambiente nacional propiciava a aventura, e o internacional não a dificultava.⁵⁸ [sic]

Em 1937, o país já estava sob a regência de uma Constituição outorgada pelo Presidente Getúlio Vargas, acompanhando o golpe de Estado do mesmo ano, com a tônica dada ao fortalecimento do Executivo.

BONAVIDES e PAES observam que a Carta de 1937, com exceção feita aos dispositivos autoritários que serviram aos interesses imediatos do poder, não teve aplicação. Nem mesmo, a mais simples de suas disposições e a primeira que deveria ter sido posta em prática – o plebiscito que permitiria o *referendum* popular⁵⁹ – não chegou sequer a ser cogitada. Assim, o “Estado Novo”, não pôde fugir ao reconhecimento dessa inobservância de aplicação do próprio texto.⁶⁰

Como salienta AFONSO DA SILVA,⁶¹ a palavra “constituição” é, em si mesma, rica de conteúdo ético-valorativo, portadora de sentido e valores democráticos, mas, não é constituição, como repositório dos valores políticos de um povo, documento que não provenha do fundo da consciência popular, fecundadora de uma autêntica ordem jurídica

⁵⁸ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro, v. II: Formação Constitucional do Brasil*, Rio de Janeiro, Forense, 1960, pp. 200 e 201, *apud*, SILVA, José Afonso da. *A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934*. In: BONAVIDES, Paulo. *As constituições brasileiras: notícia, história e análise crítica*. Paulo Bonavides, op. cit., p. 78.

⁵⁹ O que classificaria a constituição como *bonapartista* ou *cesarista*. “As constituições outorgadas submetidas a *plebiscito* ou *referendo* na tentativa de aparentarem legitimidade são denominadas de *constituições cesaristas*. Como adverte José Afonso da Silva (2005), a participação popular sobre um projeto elaborado por um Imperador (plebiscitos napoleônicos) ou um Ditador (plebiscitos de Pinochet, no Chile) não pode ser considerada democrática, pois visa apenas ratificar a vontade do detentor do poder”. Cf. NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 3ª. ed., São Paulo: Editora Método, 2009, p. 94.

⁶⁰ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE Paes de. *História Constitucional do Brasil*, op. cit., p. 342.

⁶¹ SILVA, José Afonso da. *A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937*. In: Paulo Bonavides [et al.]; ROCHA, Cléa Carpi [coord.]. Brasília: OAB Editora, 2008, p. 79.

nacional. Por isso, o nome de “Constituição dos Estados Unidos do Brasil”, dado ao documento ditatorial de 1937, não exprime o seu correto sentido, daí por que o certo será chamá-la de Carta Ditatorial ou, no máximo, por Carta Constitucional, ainda assim não tendo faltado quem a elogiasse.⁶²

O Presidente da República era, por disposição expressa do art. 37, a “autoridade suprema do Estado”.⁶³

Numa visão geral, podia ele adiar as sessões do parlamento, além de lhe ser dado dissolver o Legislativo; habilitou-se o Presidente da República a legislar por decreto-lei; a Constituição eliminou a justiça federal de primeira instância, reduziu os direitos fundamentais proclamados no diploma anterior e desconstitucionalizou o mandado de segurança e ação popular.⁶⁴

Em que pese a Constituição de 1937 apenas servir para camuflar a ditadura de Getúlio Vargas e seu Estado Novo, houve a menção formal a um rol de direitos em seus arts. 122 e seguintes (“Dos Direitos e Garantias Individuais”) e aos direitos decorrentes (“Art. 123. A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição”). Porém, a parte final do art. 123 deixava clara a prevalência absoluta da razão de Estado em detrimento dos direitos humanos, ao determinar que o “uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição”. Após o final da ditadura do Estado Novo, a Constituição de 1946 instaurou uma nova ordem democrática no Brasil [objeto do tópico seguinte], que se encerraria somente com o golpe militar de 1964.⁶⁵

⁶² Como é o caso de Araújo Castro: “A Constituição de 1937 afasta-se, em certos pontos, das Constituições de 1891 e 1934, estabelecendo normas que se nos afiguram da mais alta relevância para a vida política do País, tais como a instituição de um Parlamento pouco numeroso, a eleição indireta para o provimento do cargo de Presidente da República, a criação do Conselho da Economia Nacional, como órgão consultivo do Legislativo e da Administração Pública, e a adoção de uma só justiça para o julgamento de todas as causas”. Cf. CASTRO, Araújo. *A Constituição de 1937*, Edição Fac-Similar, Brasília, Senado Federal, 2003, p. V. A este respeito, observa ainda Afonso da Silva: “Araújo Castro escreveu seu livro logo que a Carta de 1937 foi editada. Seu Prefácio é de abril de 1938, apenas seis meses após a expedição da Carta por Getúlio Vargas. Se tivesse esperado um pouco mais teria percebido que nada daquilo que ele julgou importante valeu, porque não foi posto em prática”. Cf. SILVA, José Afonso da. *A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937*, op. cit., p. 79.

⁶³ “Art. 73 - O Presidente da República, autoridade suprema do Estado, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional e superintende a Administração do País”. Cf. BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* – de 10 de novembro de 1937.

⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 100.

⁶⁵ Cf. RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 344. A este respeito, comenta a doutrina que os direitos fundamentais ganharam referência, mas apenas simbólica; a pena

No aspecto internacional, em seu início de texto, sobre o título “da organização nacional”, previa em seu artigo 10, que:

Os Estados têm a obrigação de providenciar, na esfera da sua competência, as medidas necessárias à execução dos tratados comerciais concluídos pela União. Se o não fizerem em tempo útil, a competência legislativa para tais medidas se devolverá à União.⁶⁶

Com uma preocupação comercial, o artigo 10 não queria significar que Estados-membro e municípios estariam em contato mediato ou imediato com pessoas internacionais. Como salienta PONTES DE MIRANDA, isto turvaria a teoria da estrutura do Estado federal, ou se explicitaria que os Estados-membros e os Municípios ficariam obrigados pelo teor de atos internacionais.⁶⁷

Toda a matéria de atos interestaduais, quer unilaterais, quer bilaterais ou plurilaterais, pertenciam à União (art. 15, I) e também à União tocava legislar sobre comércio exterior, câmbio e transferência de valores para fora do país (art. 16, VII).

O alcance e significado do artigo em questão significava apenas que, a execução de ato legislativo poderia depender a medida do art. 10 bastando em si, mas, se não dependesse apenas da legislação, o Estado-membro ou Município, que criasse obstáculos à execução do ato interestadual, incorrendo em dificuldade ou impedimento da execução de lei federal, poderia sofrer intervenção federal como consequência (art. 9º, f). Poderia ainda, o ente federado, ter a sua competência legislativa transferida para à União, qualquer competência que fosse, pois não havia limites à competência federal no que dizia respeito à estrutura do Brasil como ‘pessoa de direito das gentes’, pois os tratados comerciais poderiam exigir medidas que, por vezes, dizem respeito à competência legislativa dos Municípios, e não seria possível pensar-se na imunidade dos Municípios à deliberação interestadual da União.⁶⁸

Sobre a competência no cenário internacional, previa a Carta de 37:

Art. 15 - Compete privativamente à União:

I - manter relações com os Estados estrangeiros, nomear os membros do Corpo Diplomático e Consular, celebrar tratados e convenções internacionais;

de morte voltou a ser adotada, agora para crimes políticos e em certos homicídios, ademais, institucionalizaram-se a censura prévia da imprensa e a obrigatoriedade da divulgação de comunicados do Governo. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 100.

⁶⁶ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, op. cit.

⁶⁷ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição Federal de 10 de novembro de 1937*, t. I, Artigos 1º - 37 (Introdução e Organização nacional), Rio de Janeiro: Irmãos PONGETTI editores, 1938, p. 299.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 300.

- II - declarar a guerra e fazer a paz;
 III - resolver definitivamente sobre os limites do território nacional; [...]⁶⁹

Sobre o dispositivo, comentava PONTES DE MIRANDA, com destaque inicial aos incisos I a III – os pertinentes à análise – que reportam-se à estrutura externa do Brasil, à sua atividade no plano interestatal, e, para o Direito Constitucional, significavam corolários de se tratar de Estado *único*, se bem que federal, acrescentando-se aos comentários, um momento de uma visão mais nacionalista e protetiva – uma menor abertura, valendo-nos dos termos atuais, à ordem internacional – de ver-se:

Manter relações com os Estados estrangeiros, nomear os membros do Corpo diplomático e consular, e celebrar tratados e convenções interestatais. Os incisos I a III do art. 15 reportam-se à estrutura externa do Brasil, à sua actividade no plano interestatal, e, para o Direito constitucional, significam corolários de se tratar de Estado *único*, se bem que *federal*.

Se passássemos ao plano do Direito das gentes, veríamos que o inciso I corresponde aos direitos *relativos* de manter relações, de ter legação e de concluir tratados, direitos que dependem de outro Estado com o qual mantenha relações, no qual se lhe dê legação e com o qual conclua tratados. O Direito das gentes é indiferente à íntima estruturação do Estado. Porisso, é erro grave, nos estudos de direito das gentes, classificarem-se os Estados em simples e compostos, e depois êsses em uniões pessoais, uniões reais, confederações e *federações*. A estruturação interna dos Estados Unidos da América, desde 1787 (Convenção de Filadélfia), a da Suíça, desde 1848 a do Brasil, desde 1889, a da Argentina, a do México, a da Venezuela, a da Áustria e a da Rússia soviética, respectivamente desde 1860, 1857, 1893, 1920, 1923, não interessam ao Direito das gentes.⁷⁰ [sic]

Como observa REZEK,⁷¹ no regime de 1937, o texto básico outorgava ao Conselho Federal o exame de tratados (art. 54).⁷²

Competia, uma vez mais, privativamente ao Presidente da República, celebrar convenções e tratados internacionais, *ad referendum* do Poder Legislativo (art. 74, *f*), com o acréscimo de que poderia determinar que entrassem provisoriamente em execução, antes mesmo de aprovados pelo Parlamento, os tratados ou convenções internacionais, se a isso

⁶⁹ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, op. cit.

⁷⁰ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição Federal de 10 de novembro de 1937*, t. I, op. cit., p. 350.

⁷¹ REZEK, Francisco. *Parlamento e tratados: o modelo constitucional do Brasil*. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 41 n. 162 abr./jun. 2004, p. 125.

⁷² *In verbis*: DO CONSELHO FEDERAL, Art 54 - Terá início no Conselho Federal a discussão e votação dos projetos de lei sobre: a) tratados e convenções internacionais; b) comércio internacional e interestadual; [...]. Cf. BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, op. cit.

aconselhassem os interesses do país. Por certo, um reflexo da centralização em um dos ramos do Poder.⁷³

O único problema, como já se salientou é que as casas legislativas foram dissolvidas e o parlamento não funcionou no regime ditatorial, desempenhando o Presidente da República, por si só, todas as atribuições do Legislativo, inclusive a de desautorizar a declaração de inconstitucionalidade de lei pelo Supremo Tribunal Federal.⁷⁴

Seguindo a conclusão de AFONSO DA SILVA, nitidamente, é a de que, em face da Carta de 1937, era clara a separação entre Constituição formal, traduzida nas regras da Carta, e Constituição material que se manifestava no regime político que tinha nos decretos-leis e nas leis constitucionais seus instrumentos de atuação. Assim também se caracteriza uma forma de Constituição semântica, segundo a teoria de Loewenstein:

[...] se bem a Constituição seja plenamente aplicada, sua realidade ontológica não é senão a formalização da situação existente do poder político em benefício dos detentores do poder fáticos, que dispõem do aparato coativo do Estado [...] Se não houvesse em absoluto Constituição formal alguma, o desenvolvimento fático do processo do poder não seria notavelmente diferente. Em lugar de servir à limitação do poder [tarefa original da Constituição escrita], a Constituição é aqui instrumento para estabilizar e eternizar a intervenção dos dominadores fáticos na comunidade.⁷⁵

Complementando a citação:

La necesidad de formular, y por lo tanto de formalizar, el orden fundamental de la sociedad estatal en un documento serio – constitución en sentido formal – como un sistema, sin lagunas, de normas fundamentales es un desarrollo relativamente posterior del constitucionalismo. Así, esto no fue postulado por el constitucionalismo de los griegos y de los romanos. Para Platón y Aristóteles, así como en toda la teoría política griega, la *politeia* fue la constitución en el sentido material. [...]

La diferenciación de las diversas tareas estatales y su asignación a diferentes órganos estatales o detentadores del poder para evitar la concentración del poder en las manos de un único y autocrático detentador del poder. [...]

La distinción entre constitución formal y material que condujo a la codificación en un documento escrito de las normas fundamentales de la sociedad estatal, adquirió su forma definitiva en el ambiente racionalista

⁷³ Observa-se que a Emenda Constitucional [Lei Constitucional] n° 9, de 1945, apenas altera, no dispositivo, as atribuições previstas nas alíneas “d”, “n”, para “f” e “r”, sem alteração de conteúdo.

⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 100. Comentam ainda os autores que o efeito disto, foi tornarem-se irrisórios os juízos de inconstitucionalidade que o Tribunal se animasse a formular sobre atos normativos do Presidente da República. Idem.

⁷⁵ SILVA, José Afonso da. *A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937*. Op. cit., p. 93.

de la Ilustración. Sin embargo, la existencia de una constitución escrita no se identifica con el constitucionalismo.⁷⁶

O término da Segunda Guerra Mundial e a derrocada dos regimes autoritários influíram sobre os acontecimentos políticos brasileiros, erodindo as bases ditatoriais do Estado Novo. Vargas foi deposto em outubro de 1945, e, em fevereiro de 1946, instalou-se a assembleia constituinte. A nova Constituição fora promulgada em setembro do mesmo ano.⁷⁷

1.5 CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL – 1946

Como ensina FERREIRA FILHO, a exegese de uma Constituição pressupõe respondida uma indagação preliminar: Por que essa Constituição? Caso contrário, não se poderia compreender uma Constituição, muito menos extrair de suas disposições toda a significação e todo o alcance, se se ignorar por que motivo foi ela editada em substituição à anterior. Assim, o porquê de cada Constituição se acharia pelo exame de seus antecedentes, mediatos e imediatos.⁷⁸

Nesta linha de ensinamento, prossegue:

A Constituição, promulgada a 18 de setembro de 1946, é fruto da II Guerra Mundial. Formara nesta o Brasil, depois de algumas tergiversações de Vargas, entre as *democracias* em luta contra as *ditaduras*. Vitoriosas primeiras, vitoriosa a causa da Democracia que os *aliados* tomaram por bandeira contra o *totalitarismo* nazi-fascista, não pôde mais Vargas sustentar sua ditadura paternalista contra a maré montante que os acontecimentos internacionais ensejavam.⁷⁹

Numa visão geral, a Constituição de 1946 exprimiu o esforço por superar o Estado autoritário e reinstalar a democracia representativa, com o poder sendo exercido por mandatários escolhidos pelo povo, em seu nome, e por prazo certo e razoável. Reavivou-se

⁷⁶ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, trad. de Alfredo Gallego Anabitarte (Universidad de Madrid), 2ª ed., 1970. Barcelona, Ariel: 1964, p. 152-154.

⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 101.

⁷⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira (Emenda Constitucional n.º 1, de 17-10-1969, atualizada até a Emenda Constitucional n.º 22 de 29-6-82)*, 3ª. ed. rev. e atualizada, São Paulo: Saraiva, 1983, Introdução, p. 3.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 4.

a importância dos direitos individuais e da liberdade política, voltou-se a levar a sério a fórmula federal do Estado, assegurando-se autonomia real aos Estados-membros. A Constituição era presidencialista, exceto pelo período compreendido entre setembro de 1961 e janeiro de 1963, em que durou o parlamentarismo, implantado pela Emenda n. 4, como providência destinada a amenizar crise política que se seguiu à renúncia de Jânio Quadros à Presidência da República.⁸⁰

A este respeito, observa FERREIRA FILHO que por duas vezes se praticou o regime parlamentarista de governo na história brasileira: a primeira se deu no Segundo Império, a outra, na República, durante a vigência da mencionada Emenda n. 4 à Constituição de 1946.⁸¹

Esteando a visão geral, o Legislativo reassumiu o seu prestígio, reservando-se somente a ele a função de legislar, ressalvado o caso da lei delegada. Na vigência dessa Constituição, foi instituída a representação por inconstitucionalidade de lei, reforçando o papel do Judiciário no concerto dos três Poderes. Da mesma forma, proclamou-se que nenhuma lesão de direito poderia ser subtraída do escrutínio desse Poder. Ficaram excluídas as penas de morte, de banimento e do confisco. A Constituição ocupava-se da organização da vida econômica, vinculando a propriedade ao bem-estar social e fazendo dos princípios da justiça social, da liberdade de iniciativa e da valorização do trabalho as vigas principais da ordem econômica.⁸²

No específico a este trabalho, a palavra “tratado” é mencionada por seis vezes ao longo do Texto de 1946.

Primeiramente, no Capítulo I, do Título I, que tratava da *Organização Federal*, estabelecia em seu artigo 5º, inciso I que competia à União “manter relações com os Estados estrangeiros e com eles celebrar tratados e convenções”.⁸³

Analisando conjuntamente os artigos 66 e 87 da Carta de 46, encontramos, respectivamente, as atribuições do Poder Legislativo e do Executivo, de onde se extrai, no que se observa contemporaneamente, inclusive, ser da competência exclusiva do Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre os tratados e convenções celebradas com os Estados estrangeiros pelo Presidente da República” (art. 66, I) e, competir privativamente ao

⁸⁰ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 101.

⁸¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Parlamentarismo*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 65 e ss.

⁸² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 101.

⁸³ BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil* – de 18 de setembro de 1946.

Presidente da República, “celebrar tratados e convenções internacionais ad referendum do Congresso Nacional” (art. 87, VII).

A este respeito elucidava PONTES DE MIRANDA, que os tratados e convenções interestatais são celebrados pelo Presidente da República, que os tem de submeter ao Congresso Nacional, pois antes de tal aprovação ou resolução definitiva, os poderes que têm os Embaixadores, ordinários e extraordinários, e os Ministros plenipotenciários e encarregados de negócios apenas empenham o ato do Poder Executivo, e não criam a obrigação de ser mantido o que se assinou independentemente de resolução definitiva do Poder Legislativo, vez que, a simples aprovação das escolhas de Embaixadores e Ministros plenipotenciários não constitui prévia dispensa do exame e manifestação do Poder Legislativo: “não há dispensar-se”.⁸⁴

Salientava ainda que, tal ato complexo era uma consequência da democracia e uma limitação aos Poderes do Executivo:

Os Estados, inclusive os Estados democráticos puros, se os houvesse, têm, nas relações interestatais, de ser representados. A democracia ainda não criou técnica diferente para os negócios jurídicos interestatais: muito se mantém do que se herdou das monarquias. Porém nem tudo. A *ratificação* passou, assim, a ter função democratizante, – ou deixada ao Poder Legislativo, ou a órgão especial de origem eletiva, ou ao referendo. O preceito tem a consequência de limitar a representação do Presidente da República perante os outros Estados. Essa é a verdadeira compreensão [...] a resolução do art. 66, I, é que dá *perfeição* (e não só *eficácia*) ao tratado ou convenção.⁸⁵

Acerca da competência privativa do Presidente da República para celebrar tratados e convenções internacionais *ad referendum* do Congresso Nacional (art. 87, VII), salientava o ilustre comentarista que na celebração de tratados e convenções com Estados estrangeiros, “o Presidente da República não procede como se houvesse delegação do Poder Legislativo. Procede por direito seu, sobre o qual o texto é explícito, pôsto que a referendo do Poder Legislativo”.⁸⁶ [sic]

As outras menções feitas aos tratados na Constituição de 1946, dizem respeito ao Poder Judiciário. Cabia ao Supremo Tribunal Federal julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes, quando a

⁸⁴ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*, 2ª ed. rev. e aumentada. Vol. II (arts. 15 – 97), São Paulo: Max Limonad, 1953, p. 292.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 294-295

⁸⁶ *Idem*, p. 397.

decisão for contrária a dispositivo da Constituição ou à letra de tratado ou lei federal (art. 101, III, *a*). Numa observação crítica, ao recurso em geral, PONTES DE MIRANDA comentava que a Constituição de 1946 deu solução radical ao problema das questões de direito internacional privado e penal internacional, mas, quanto à letra *a*) do art. 101, III, que vem de 1934, havia impertinência e grosseira concepção na sua feitura, afirmando que teria sido um erro seguir as pegadas da Constituição de 1934.⁸⁷

Além deste dispositivo, cabia ao Tribunal Federal de Recursos (art. 105, § 3º), por meio de Juízes Federais nomeados dentre cidadãos pelo Presidente da República e indicados pelo Supremo Tribunal Federal, processar e julgar em primeira instância:

[...] c) as causas fundadas em tratado ou em contrato da União com Estado estrangeiro ou com organismo internacional; e “f) os crimes que constituem objeto de tratado ou de convenção internacional e os praticados a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar.”⁸⁸

À guisa de conclusão, observa Fábio Konder COMPARATO que das questões que puseram em xeque o regime constitucional de 1946, duas delas – a inaptidão do Estado a promover o desenvolvimento nacional e a ausência de reforma agrária – permanecem irresolvidas e continuam a ensombrecer o futuro do país na vigência da Constituição de 1988.⁸⁹

⁸⁷ “A noção de *literalidade* que aí se insere constitui erro mais perigoso do que o enigmático “direito expresso”, que as regras sobre ação rescisória mantinham. Que é que interessa à unidade do direito nacional, das leis federais, que só lhes assegure a aplicação nos casos de *literal disposição de lei*? E que é que se diz “letra” da lei? Se, devido a outras regras das leis federais, ou da mesma lei federal, não fôr a letra, mas o *sentido*, o que mais importe, por que levar-se ao Supremo Tribunal Federal a questão que se envolveu contra a literalidade, e não se permitir o recurso no caso de se haver, erradamente, prestigiado a inépcia do significado literal?” [sic]. Cf. MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*, 2ª ed. rev. e aumentada. Vol. III (arts. 98 – 140), São Paulo: Max Limonad, 1953, p. 74 e ss.

⁸⁸ Dispositivos incluídos pelo Ato Institucional nº 2. Cf. BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil* – de 18 de setembro de 1946.

⁸⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *A Constituição brasileira de 1946, um interregno agitado entre dois autoritarismos*. In: BONAVIDES, Paulo. *As constituições brasileiras: notícia, história e análise crítica*. Paulo Bonavides [et al.]; ROCHA, Cléa Carpi [coord.]. Brasília: OAB Editora, 2008, p. 109.

1.6 CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1967 E A EMENDA N. 1 DE 1969

Em março de 1964, depois de período de conturbação política, as Forças Armadas intervieram na condução do país por meio de atos institucionais e por uma sucessão de emendas à Constituição de 1946. De toda sorte, o Diploma não mais correspondia ao novo momento político, e, em 1967, o Congresso Nacional, que se reuniu de dezembro de 1966 a janeiro de 1967, aprovou uma nova Constituição, gestada sem mais vasta liberdade de deliberação.⁹⁰

A Carta de 1967, aprovada a toque de tambores por um Congresso Nacional mutilado por cassações de vários de seus integrantes, representou, na verdade, uma infeliz tentativa de institucionalização do Golpe Militar de 1º de abril de 1964, com o qual a ordem constitucional democrática inaugurada em 1946 caiu por terra e a partir do qual se instaurou no país um regime autoritário que perdurou por mais de vinte anos; na expressão de Valmir Pontes Filho, “foram os chamados ‘anos de chumbo’, a ensombrarem nossa memória política”.⁹¹

Contextualizando o momento histórico com riqueza de detalhes, assim como explicando o procedimento adotado em suas nuances jurídicas, FERREIRA FILHO⁹² explica que em fins de 1966, já eleito o M^{al}. Costa e Silva para suceder o Presidente Castello Branco, pareceu ao primeiro Governo da Revolução que era tempo de cristalizar as profundas modificações realizadas, numa nova Constituição, tendo o Presidente Castello Branco justa consciência do trabalho efetuado e supunha, num quadro estável que consagrasse as mudanças e tornasse dispensável o recurso à medidas excepcionais:

Com muita clareza, o Pres. Castello Branco, em discurso proferido por ocasião da solenidade de diplomação dos estagiários da Escola Superior de Guerra, expôs a razão por que, dias antes, editara o Ato Institucional n.º 4 que determinava e regulava a elaboração de nova Constituição. “Com uma Constituição vulnerável e vários tipos de crise”, afirmou ele, “a Nação vinha há muito inquietada entre as alternativas inelutáveis da anarquia e da ditadura. E a Revolução eliminou uma e evitou a outra. Por que não se completar agora a institucionalização da Revolução?”

⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 101.

⁹¹ PONTES FILHO, Valmir. *A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 e a Emenda n.º 1, de 1969*. In: BONAVIDES, Paulo. *As constituições brasileiras: notícia, história e análise crítica*. Paulo Bonavides, op. cit., p. 120.

⁹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira: emenda constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969*, Vol. 1, arts. 1º a 45, São Paulo: Saraiva, 1972, p. 23-24.

Sem dúvida, através das inúmeras Emendas constitucionais aprovadas desde a Revolução, a Lei Fundamental de 1946 já fora profundamente modificada, sempre no intuito de adaptá-la às exigências do tempo. Entretanto, por isso mesmo ela se ressentia, já que as alterações nem sempre compactuavam com sua estrutura e espírito. Era preciso, realmente, introduzir as modificações institucionais trazidas pela Revolução num arcabouço sistemático e coerente.

A elaboração da Constituição promulgada a 24 de janeiro de 1967 foi regida pelo Ato Institucional nº. 4, de 7 de dezembro de 1966. Este, manifestação do Poder Constituinte originário, determinou, de modo inicial e incondicionado, que se procedesse ao estabelecimento de nova Constituição.⁹³

A Constituição era marcada pela tônica da preocupação com a segurança nacional, conceito de reconhecida vagueza, mas que tinha por eixo básico a manutenção da ordem. Tinha cariz centralizador e entregava ao Presidente da República copiosos poderes.⁹⁴

Sobre as inovações da Carta de 1967, salientam comparativamente BONAVIDES e ANDRADE que, a Constituição de 1937 – a “Polaca” – fora considerada obra de um homem e imposta à Nação pela ditadura de Getúlio Vargas, e o fato de encaminhar o projeto de 1967 ao Congresso, dava a impressão de que os fatos e as circunstâncias eram outras e a Nação vivia na legalidade democrática com um Legislativo soberano. Em razão de algumas tinturas democráticas aproveitadas da Constituição de 1946, o que permitiu a alguns classificá-la como semi-autoritária, em verdade ela também se aproveitou da circunstância de ter sido “votada” pelo Congresso.⁹⁵

Assim, de uma maneira geral, as opiniões sobre a Carta de 1967 chocavam-se com uma comum realidade: alguns textos formalmente liberais colidiam com a realidade ditatorial e vários dispositivos autoritários, permitindo ao Executivo sobrepor-se aos Poderes Legislativo e Judiciário. Como inovações da Carta de 67, cite-se a criação de novos instrumentos ou diplomas legais como os decretos-leis e as leis delegadas, a eleição indireta para presidente e vice presidente da República, extensão de competência legislativa do chefe de Governo, normas sobre inelegibilidade, restrições à liberdade de pensamento a pretexto da existência de atos subversivos, propaganda de guerra, preconceitos e restrições quanto à moral e aos bons costumes, suspensão dos direitos políticos, maior interferência estatal na economia privada, etc.⁹⁶

⁹³ Ibid., p. 24.

⁹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 101.

⁹⁵ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE Paes de. *História Constitucional do Brasil*, op. cit., p. 442.

⁹⁶ Ibidem, p. 441-442.

Embora a preponderância do Poder Executivo, mantinha, por meio do artigo 47, a tradicional competência exclusiva do Congresso Nacional para “resolver definitivamente sobre os tratados celebrados pelo Presidente da República”⁹⁷ (art. 47, I).

Sobre estas relações do Estado com a ordem internacional, interessante destacar o seguinte ensinamento de PONTES DE MIRANDA:

A palavra “internacional” é de multiplicidade perigosa de significação. Quando se diz “Direito internacional” para se designar o Direito das gentes comete-se grave confusão. Os juristas alemães, diante do termo “internacional”, têm de saber o que é que os Latinos e Anglo-saxões querem dizer. Só depois da pesquisa, é que podem escrever, na tradução *völkerrechtlich*, “*swischenstaatlich*”, “internacional”; porque os três conceitos são inconfundíveis: *a) völkerrechtlich, überstaatlich*, refere-se à ordem jurídica supra-estatal, a regras jurídicas dirigidas aos Estados – de direito das gentes; *b) swischenstaatlich*, interestatal, alude aos Estados entre si, como unidades políticas, umas em frente às outras, com os seus contornos e as suas contractações, sem permeabilidade; *c) internacional* reporta-se a alguma coisa que resiste à permeabilidade, mas para a qual os Estados não são impermeáveis: a permeabilidade é só da coisa de que se trata, e não do Estado. Quase tôdas as regras dos tratados não passam de cláusulas de atos jurídicos, são *interestatais*, e só *interestatais*. Algumas, porém, são partes de atos jurídicos, são *interestatais*, mas, também, edictadas por sôbre os Estados (*supra-estatais*). Passam a ser regras do direito das gentes. Já a aplicação da lei estrangeira no país, *e. g.*, aos domiciliados em Estado estrangeiro, supõe *internacionalidade*, permeabilidade de Estado. Algumas relações de família resistem à ordem jurídica estranha; por isso, há regras do direito internacional privado sôbre a lei que as rege. A Igreja católica apresenta o caráter *internacional*, que a faz tratável como associação ou sociedade de direito interno, e o caráter de direito das gentes, que lhe dá o direito de legação e outros direitos dos Estados.⁹⁸ [sic]

Num aspecto positivo, e mais relacionado ao objeto do presente trabalho, salienta PIOVESAN que na história constitucional brasileira, a Constituição de 1967, emendada em 1969, é a primeira a estabelecer o termo “inconstitucionalidade dos tratados”, ao atribuir ao Supremo Tribunal Federal a competência de “julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”, nos termos do art. 119, III, *b*.⁹⁹

⁹⁷ Cf. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*.

⁹⁸ Pontes de Miranda. Tomo III (arts. 34-112). *Comentários à Constituição de 1967*, São Paulo: Editora RT, 1967, p. 107-108.

⁹⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito Constitucional Internacional*, op. cit., p. 122. De ressaltar-se que a Emenda Constitucional 1 de 1969 apenas realoca para o artigo 119, III, *b*, o que já constava no artigo 114, III, *b*, por ocasião do Ato Institucional nº 6, com redações idênticas, portanto.

Sobre direitos e garantias fundamentais, a Constituição de 1967 os manteve formalmente, mas a prática contestou o texto adotado, deixando para a lei ordinária (art. 150), estabelecer os termos em que seriam exercidos esses direitos “visando à realização da justiça social e à preservação e ao aperfeiçoamento do regime democrático”.¹⁰⁰ Na questão posta por BONAVIDES e ANDRADE:

[...] mas que importavam as inovações da Carta, se tudo indicava a preocupação do Governo autoritário de se perpetuar e se as suposições mais lógicas e procedentes eram as de que os controladores do poder caminhavam para torna-lo cada vez mais fechado, impenetrável e centralizador?¹⁰¹

A crise política se agravou nos anos subsequentes e chegou às ruas; em 13 de dezembro de 1969, o Governo editou o Ato Institucional n. 5, que ampliava ao extremo os poderes do Presidente da República, ao tempo em que tolhia mandatos políticos e restringia direitos e liberdades básicos. Pelo AI 5, o Presidente da República podia fechar as casas legislativas das três esferas da Federação, exercendo as suas funções enquanto não houvesse a normalização das circunstâncias, e, os atos praticados com fundamento nesse Ato ficavam imunes ao controle pelo Judiciário.¹⁰²

Em 1969, a Junta composta pelos Ministros que chefiavam cada uma das três Armas, e que assumiu o governo, depois de declarada a incapacidade, por motivo de saúde, do Presidente da República, promoveu uma alargada reforma da Constituição por meio da reforma de 1969, que ganhou o nome de Emenda Constitucional n. 1/69, e que é considerada por muitos autores como uma nova Constituição, outorgada pela Junta Militar.¹⁰³

A este respeito, FERREIRA FILHO comenta que, a Emenda n.º. 1 acentuou a tendência autoritária presente na Constituição de 1967, podendo-se dizer que ela foi muito além do projeto enviado ao Congresso pelo Presidente Castelo Branco.¹⁰⁴

Além disso, no plano político, o característico mais saliente da Emenda n.º. 1 foi a desconfiança, senão a hostilidade contra o Congresso Nacional, provindo essa Emenda, em

¹⁰⁰ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE Paes de. *História Constitucional do Brasil*, op. cit., p.443.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 101.

¹⁰³ *Id.*, p. 101-102. Neste sentido: “A Emenda n.º 1, de 1969, ao substituir a Constituição de 1967, tornou-se de fato a nova Carta, adaptando os vários atos institucionais e complementares. O Executivo se fortaleceu a pretexto de que seguia critérios universais predominantes. É o Governo com a supremacia do Executivo [...]”. Cf. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE Paes de. *História Constitucional do Brasil*, op. cit., p.443.

¹⁰⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira: emenda constitucional n.º. 1, de 17 de outubro de 1969*, Vol. 1, arts. 1.º a 45, op. cit., p. 39.

última análise, do estado de coisas estabelecido pelo Ato Institucional nº. 5, este fruto de uma crise entre Executivo e Legislativo, o que tornava menos ativo o controle da atividade governamental que no sistema da Constituição é a missão principal do Congresso.¹⁰⁵

Em 27 de novembro de 1985, foi promulgada a Emenda à Constituição n. 26, que deu forma jurídico-constitucional à exaustão do regime. A Emenda convocou uma Assembleia Nacional Constituinte “livre e soberana”.¹⁰⁶

Os anseios de liberdade, participação política de toda a cidadania, pacificação e integração social ganharam preponderância sobre as inquietações ligadas a conflitos sociopolíticos, que marcaram o período histórico que se encerrava.¹⁰⁷

Por tudo o que já se observou até aqui, o Direito Constitucional anterior a atual Constituição de 1988, nas suas relações internacionais, dava tratamento jurídico limitado a questões como, assegurar valores de independência, soberania, restrição ou proibição de guerra de conquista e estimulavam a arbitragem.

A este respeito, perceber-se-á como a Constituição de 1988 introduz inovações extremamente significativas no plano das relações internacionais,¹⁰⁸ sua abertura¹⁰⁹ e incorporação de tratados.¹¹⁰

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ Pelo fato de ter sido a Assembleia Constituinte para a Constituição de 1988 convocada por meio de Emenda Constitucional à Constituição de 1967, afirma FERREIRA FILHO não se tratar de manifestação do Poder Constituinte Originário, mas reforma: “Esta Emenda n. 26/85 alterou o processo de emenda previsto na Constituição então vigente, com isso autorizando o Congresso Nacional a assumir a feição de “Constituinte”, simplificando o procedimento (maioria absoluta dos membros do Congresso para a aprovação e não maioria de 2/3 em cada Casa), e, sobretudo, suprimindo as “cláusulas pétreas” consagradas na Constituição de 1967, na Emenda n. 1/69, art. 47, §1º. Nem por sombra aparece nesse processo político-jurídico o poder inicial de organizar a nação que é o verdadeiro Poder Constituinte”. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 194 e ss.

¹⁰⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p., 102.

¹⁰⁸ Cf. Parte 1, capítulo 2, item 2.3 deste trabalho.

¹⁰⁹ Cf. Parte 1, capítulo 2, subitem 2.2.3, deste trabalho.

¹¹⁰ Cf. Parte 2, deste trabalho.

CAPÍTULO II – O FENÔMENO TRANSNACIONAL: A ABERTURA DA CONSTITUIÇÃO

2.1 O DIREITO DOS TRATADOS: BREVE CONSIDERAÇÃO HISTÓRICA

Na lição de CASELLA, desde os mais remotos tempos da história, os registros mostram a existência de corpos e regras, que podem ser caracterizados como contendo características básicas do que, depois, veio a ser denominado direito internacional. Para este internacionalista, é difícil falar em “sistema” de direito internacional na Antiguidade, mas já seria possível verificar-se elementos precursores de direito internacional nesta época:

Elementos de direito internacional ou, como antes fora este chamado, *direito das gentes*, surgem entre diferentes povos na Antiguidade, à medida que estes tiveram necessidade de regular as suas hoje assim chamadas relações internacionais. Alguns dentre estes elementos e institutos, com pequenas alterações, ainda vivem e são correntemente utilizados, no direito internacional pós-moderno.

À medida que a civilização se desenvolve, as relações tornam-se mais complexas e as normas que as regulam adquirem maior grau de complexidade. Nessa mesma medida e proporção forma-se sistema normativo, de caráter internacional.¹¹¹

Há de se registrar no presente ponto a observação de que entre o costume internacional, o tratado, os princípios gerais do direito, a jurisprudência internacional e a doutrina, que são as fontes do direito internacional, nosso estudo delimitar-se-á no item, à análise histórica – breve e inevitavelmente incompleta – dos tratados, conforme indicado.

Este rol das fontes aparece no Estatuto da Corte de Haia, redigido em 1920. Cuida-se do primeiro tribunal vocacionado para resolver litígios entre Estados sem qualquer limitação de ordem geográfica ou temática.

Nas lições de REZEK, a certa altura do texto surgia a necessidade de que se dissesse qual o direito aplicável no âmbito da jurisdição nascente, tanto significando a necessidade de fazer um rol das formas de expressão do direito internacional público, um roteiro das fontes onde se poderiam buscar, idoneamente, normas internacionais. O estatuto relacionou então os tratados, os costumes e os princípios gerais do direito. Fez referência à

¹¹¹ CASELLA, Paulo Borba. *Direito Internacional no tempo antigo*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 178.

jurisprudência e à doutrina como meios auxiliares na determinação das regras jurídicas, e facultou, sob certas condições, o emprego da equidade.¹¹²

Anote-se que o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça estabelece como fontes do Direito Internacional: os tratados internacionais, o costume internacional, os princípios gerais de direito, as decisões judiciais e a doutrina, internalizado este no Brasil, em conjunto à Carta das Nações Unidas, pelo Decreto n. 19.841 de 22 de outubro de 1945, e com a seguinte redação:

Artigo 38. 1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

- a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
- b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
- c) os princípios gerais de direito reconhecidos pelas Nações civilizadas;
- d) sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes Nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.¹¹³ [sic]

Tem-se por fontes, “*os modos formais de constatação do direito internacional*”,¹¹⁴ ou seja, sua expressão e conseqüente existência. Existência esta que até o século XX afirmava-se pela predominância do direito costumeiro, embora haja notícias de celebração de tratados em tempos mais longínquos na história humana registrada:

O primeiro registro seguro de celebração de um tratado, naturalmente bilateral, é o que se refere à paz entre Hatusil III, rei dos hititas, e Ramsés II, faraó egípcio da XIX^a dinastia. Esse tratado, pondo fim à guerra nas terras sírias, num momento situado entre 1280 e 1272 a.C., dispôs sobre paz perpétua entre os dois reinos, aliança contra inimigos comuns, comércio, migrações e extradição. Vale observar o bom augúrio que esse antiquíssimo pacto devera, quem sabe, ter projetado sobre a trilha do direito internacional convencional: as disposições do tratado egipto-hitita parecem haver-se cumprido à risca, marcando seguidas décadas de paz e efetiva cooperação entre os dois povos; e assinalando-se na história do Egito, a partir desse ponto da XIX^a dinastia, certo refinamento de costumes, com projeção no próprio uso do idioma, à conta da influência hitita. As duas grandes civilizações entrariam, mais tarde, em processo de decadência, sem que haja notícia de alguma quebra do compromisso.¹¹⁵

¹¹² REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*. 15^a ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 33.

¹¹³ BRASIL. *Carta das Nações Unidas – Estatuto da Corte Internacional de Justiça*. Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945.

¹¹⁴ ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*, 20^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 140.

¹¹⁵ Cf. José Francisco Rezek. *Direito Internacional Público*, op. cit., p. 35.

Anota REZEK que esta parte fundamental do direito das gentes, o direito dos tratados, apresentava até o romper do século XX uma consistência costumeira, assentada, entretanto, sobre certos princípios gerais, notadamente o *pacta sunt servanda* e o da boa-fé.¹¹⁶

Para uma parcela da doutrina, teria sido com o crescente positivismo internacional que os tratados se tornaram a fonte maior de obrigação no plano internacional, papel até então reservado, repita-se, ao costume internacional.¹¹⁷

O primeiro tratado a versar sobre o direito dos tratados foi a Convenção de Havana de 1928. Embora se encontre ainda vigente e apenas entre oito países,¹¹⁸ este acabou sendo superado em sua notoriedade e pelo curso da história.

Já no âmbito das Nações Unidas, sua Comissão de Direito Internacional trabalhou sobre o tema com intuito de criarem uma convenção de alcance universal sobre o direito dos tratados. Foi em Viena, aos 23 de maio de 1969, numa negociação envolvendo mais de cem Estados, assinada, a então conhecida, Convenção de Viena sobre direito dos tratados.¹¹⁹

Na doutrina de HIDELEBRANDO, CASELLA e SILVA, o documento é uma das mais importantes normas do direito internacional e por codificar regras costumeiras o documento seria quase perfeito, vez que, “A codificação exprimiria o que consuetudinariamente já era considerado legalmente válido (...)”.¹²⁰

Em síntese do que fora brevemente exposto, “o que sucede ao cabo de três milênios de prática convencional, no século XIX, não é uma alteração na contextura do direito dos tratados – sempre costumeira –, mas uma sensível ampliação no seu acervo normativo, por força de quanto o tratado *multilateral* desafiava – desde a conferência preparatória até o mecanismo de extinção – aquelas regras concebidas para reger acordos meramente bilaterais”.¹²¹

Ainda colhendo as lições de REZEK, outro fato que seria digno de nota sobre o tema, é que, na mesma época, ocorre uma erosão do protagonismo concentrado na pessoa do chefe de Estado, há a multiplicação dos regimes republicanos e uma progressiva

¹¹⁶ REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*, op. cit., p. 35.

¹¹⁷ PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos e o direito Constitucional Internacional*, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 105.

¹¹⁸ São partes o Brasil, o Equador, o Haiti, Honduras, a Nicarágua, o Panamá, o Peru e a República Dominicana. Cf. BRASIL. *Convenção de direito internacional privado, de Havana*. Decreto n. 18.871, de 13 de agosto de 1929.

¹¹⁹ BRASIL. *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*. Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

¹²⁰ ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*, op. cit., p. 151.

¹²¹ REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*, op. cit., p. 36.

constitucionalização das monarquias, que trouxeram ao direito dos tratados esse novo fator de complexidade: o envolvimento, no processo, de órgãos estatais de representação popular, sem comunicação direta com o exterior, não restando dúvidas que essa *fase interna*, a da consulta ao parlamento como preliminar de ratificação, impôs ao direito das gentes uma importante remissão ao direito doméstico dos Estados: “as comunidades jurídicas nacionais deram-se conta da distinção entre esses *dois* objetos de análise, nenhum deles exíguo: o direito dos tratados *no quadro do direito internacional público*, e o – às vezes mais controvertido – direito dos tratados *no contexto do direito constitucional*.”¹²²

Sendo esta interação, observada em diversos momentos deste trabalho, notadamente no item abaixo.

2.2 A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO: A MATRIZ DO FENÔMENO

Ao se mencionar o tema *internacionalização* do Direito, presume-se que este, sofre ou sofreu influências externas daquele, alterando sua natureza, de nacional, para internacional, especialmente se tido o termo em sua literalidade, vez que, para o dicionário da língua portuguesa, “internacionalização” significa simplesmente ato ou efeito de internacionalizar (-se), e, “internacionalizar”, significa tornar-se internacional.¹²³ Não é tão simples.

FERREIRA FILHO leciona que o constitucionalismo de cor positivista, de modo geral, não admite haver normas acima da Constituição; é o que se exprime na ideia da soberania do Poder Constituinte, eco da soberania do povo, o titular em última instância do poder.¹²⁴

¹²² Ibid. O Professor Francisco Rezek ainda pondera que o século XX abriria espaço para dois fatos novos: a entrada em cena das organizações internacionais, no primeiro pós-guerra – fazendo com que o rol das pessoas jurídicas de direito das gentes, habilitadas a pactuar no plano exterior, já não se exaurisse nos Estados soberanos; e a codificação do direito dos tratados, acima mencionada, tanto significando a transformação de suas regras costumeiras em regras convencionais, escritas, expressas, elas mesmas, no texto dos tratados. Cf. *Direito Internacional Público*, op. cit., p. 36 e ss.

¹²³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Eletrônico Aurélio*, versão 5.0: Edição eletrônica autorizada à Positivo Informática LTDA., 2004.1 CD-ROM.

¹²⁴ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Princípios Fundamentais do Direito Constitucional*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 44.

Em linhas gerais *povo* é a reunião de pessoas que comungam de uma identidade, e esse sentido muito varia. A palavra *povo* aparece associada à população, à nação, sendo, coloquialmente quase sinônimos.¹²⁵

Duas observações se fazem necessárias:

A primeira é que a visão positivista prevaleceu na doutrina até a metade do século XX, entretanto, depois da Segunda Guerra Mundial e, sobretudo, em razão da barbárie totalitária, um questionamento se levantou e está presente e agudo na vida do constitucionalismo, provocando a revivescência da ideia de que o direito não é meramente o comando do Poder, mas para merecer o nome há de ter um conteúdo de justiça, ou, se preferir, tem de respeitar os grandes conteúdos morais.¹²⁶

A segunda é que para algumas coisas, a razão traz luzes incontestáveis ao assunto. Com isto, e sem polêmicas, “povo” é elemento de formação de uma sociedade que expresse “*animus*” de permanência e convivência. E ao se mencionar *povo* não se está a qualificar uma *coisa*, mas a tratar de seres humanos em convivência.¹²⁷

Kant foi o primeiro a reconhecer que ao homem não se pode atribuir valor – preço –, devendo ser considerado como um fim em si mesmo e em função da sua autonomia enquanto ser racional, e aqui reside um grande desafio, pois, seja como for, levando-se em consideração as fronteiras dos Estados, ou não, passando por temas relacionados à soberania,

¹²⁵ Registre-se a lição de que em sentido jurídico, *povo* compreende-se como o conjunto de indivíduos que, através de um momento jurídico, se unem para constituir o Estado, estabelecendo com este um vínculo jurídico de caráter permanente, participando da formação da vontade do Estado e do exercício do poder soberano, adquirindo a condição de *cidadãos*, que têm o direito de participar da formação da vontade do Estado e do exercício da soberania. Já o termo *nação*, foi expressão usada inicialmente para indicar origem comum, ou comunidade de nascimento e, por não ter perdido todo o seu significado, ainda indica uma comunhão formada por laços históricos e culturais. Assim, nem o termo *nação*, que indica uma comunidade, nem o seu derivado *nacionalidade*, são adequados para qualificar uma situação jurídica, indicando, tão-só, a pertinência a uma comunidade histórico-cultural, não sendo correto o uso da expressão *nação* com o sentido de povo. Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 22ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, Cap. II, *Do Estado*, p. 95-101.

¹²⁶ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Princípios Fundamentais do Direito Constitucional*, op. cit., p. 44.

¹²⁷ Ao lado desta conceituação genérica, restrita a este momento, é preciso que se tenha em mente a lição dos conceitos doutrinários: “Segundo ensina a doutrina tradicional, o Estado é uma associação humana (*povo*), radicada em base espacial (*território*), que vive sob o comando de uma autoridade (*poder*) não sujeita a qualquer outra (*soberana*). Mais sutil é a lição de Kelsen (v. *Teoria pura do direito*), ao mostrar que o Estado e seus elementos – *povo*, *território* e *poder* – só podem ser caracterizados juridicamente. De fato, a coletividade que é o *povo* decorre de critérios que são fixados pela ordem jurídica estatal. É ela formada por quem o direito estatal reconhece como integrante da dimensão pessoal do Estado. Pertence, pois, ao povo quem o direito do Estado assim declara (daí, p. ex., o fenômeno da dupla nacionalidade, que ocorre quando dois Estados dizem que o mesmo indivíduo faz parte de seu povo). Por isso, com Kelsen se deve dizer que *povo* é o conjunto de todos aqueles para os quais vigora uma ordem jurídica. Ou seja, para os quais, especificadamente, existe essa ordem jurídica (já que nenhuma ordem jurídica estatal pode existir para reger, apenas, aqueles que ela considera estrangeiros).” Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 75-76.

à positivação e reconhecimento de direitos, à ascensão dos direitos humanos como ponto comum formador de uma base mínima de dignidade e sobrevivência dos povos, uma coisa é certa: a macro visão da vida, mostra que estamos todos aqui reunidos, no mesmo planeta e disciplinar esta convivência e relação para fins pacíficos não significa ferir a soberania dos Estados, que podem se adaptar e se beneficiarem com o reconhecimento coletivo de suas ações positivas, nem significa enaltecer uma seara do Direito em detrimento de outra (Direito Internacional x Direito Constitucional), favorecendo esta ou aquela teoria que no fim das contas muito mais revelam as realidades do mundo e a necessidade de se ajustarem do que se contrapõem. Na verdade, a emergência do desenvolvimento do tema e a necessidade dos Estados, junto de seus cidadãos, aderirem a ideias de cunho *universal*, é garantir a dignidade daquele que é o ponto de partida, sem a qual nenhuma teoria faz sentido: o ser humano, e, em última análise, a comunhão do Direito Constitucional e Internacional ter por escopo, garantir a própria sobrevivência de todos nós, nesta terra.

A dificuldade em se trabalhar o tema da internacionalização do Direito, reside em marcar um ponto de partida, delimitar a sua amplitude e atingir um fechamento mais condizente possível ao da realidade, dentro das limitações que o trabalho se propõe. Para tanto, o presente item será dividido em três momentos que visam atingir a compreensão do fenômeno: *a)* a formação do conceito de soberania e como sua titularidade se altera no tempo, passando da figura do monarca para o Estado; *b)* traçar algumas observações sobre o Poder Constituinte visando compreender como o “povo” acabou por se tornar o titular desta soberania do Estado – ainda que esta se revele indiretamente; e *c)* adentrar ao tema da internacionalização do direito, demonstrando que esta, encontrou a “porta de entrada” no Direito interno, justamente pela afirmação dos direitos fundamentais, tendo como matriz principal, os acontecimentos da Segunda Guerra Mundial, além da globalização.¹²⁸

¹²⁸ “Em uma das passagens mais famosas da *Dialética Negativa*, Adolfo afirmava que Hitler impôs aos homens em estado de não-liberdade um novo imperativo categórico: orientar seu pensamento e sua ação de modo a que Auschwitz não se repita, que não ocorra nada parecido”. Cf. ADOLFO, Theodor. *Dialética negativa – La jerga de la autenticidade*. Trad. Alfredo Brotons Muñoz. Madrid: Akal, 2005, p. 334, *apud*, MENDES, Gilmar Ferreira; GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Direitos humanos e integração regional: algumas considerações sobre o aporte dos tribunais constitucionais*.

2.2.1 A IDEIA DO CONCEITO DE SOBERANIA

A soberania é um princípio fundamental da República Federativa do Brasil (art. 1º, I), sendo hoje incontestável que quando se fala em Estado, vem à mente a ideia de uma ordem estatal não submetida a outra ordem da mesma espécie, e, essa ausência de subordinação é em última análise a soberania, traço hoje reputado imprescindível ao Estado.¹²⁹

O que se almeja nas linhas abaixo é compreender, ainda que brevemente, o desenvolvimento desta ideia, para posteriormente, em capítulo próprio, confrontá-la com a noção de internacionalização do Direito e a abertura da Constituição, dentro das limitações do trabalho, pois o tema é sem dúvidas um desafio faraônico da atualidade, qual seja, encontrar um equilíbrio entre a noção de soberania do Estado e a necessidade de sua adequação à noção de um constitucionalismo globalizado que se desenvolve.

Para se formar uma noção de soberania, foi por óbvio necessário, que as pessoas primeiro se unissem num determinado território e convivessem, gerando uma integração social como decorrência natural. Quando se pretende compreender a natureza da ordem jurídica, clara resulta a grande importância da *lei da integração* no domínio das ciências jurídicas.

Constitui um elemento fundamental, um dado que a sociologia oferece ao jurista, o qual deve dele se servir para que as abstrações, como abstrações jurídicas que são, correspondam sempre a realidades concretas.¹³⁰

Desnecessário procurar explicar o processo de integração mediante métodos e resultados das ciências naturais, uma vez que a própria natureza humana dá resposta plausível e satisfatória. Neste sentido, leciona REALE:

O homem, sendo por necessidade um animal político, é e será sempre como que Jano bifronte: tem uma face voltada para si mesmo, para o que há de permanentemente diferenciado e próprio em sua individualidade (daí as tendências individualistas e egocêntricas) e uma outra face voltada para os outros homens, para todas as vicissitudes da vida em comunidade (daí as tendências socialistas e altruístas). Qualquer concepção política ou jurídica que não souber atender, ao mesmo tempo, a esse duplo aspecto ou a essa dupla dimensão do homem, estará fora da verdade, tornando-se difícil, quando não impossível, abraçar a complexidade toda dos fenômenos sociais.¹³¹

¹²⁹ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 76.

¹³⁰ Cf. REALI, Miguel. *Teoria do direito e do estado*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 66.

¹³¹ Ibid.

Essa força que leva o ser humano a se reconhecer como pessoa, como ser livre, como valor autônomo e distinto perante o sistema de valores coletivos, a completar-se e a revelar-se como personalidade inconfundível. Essa força egocêntrica conjuga-se com uma força que é centrífuga, que leva o homem a se unir aos outros homens, seja pela identidade fundamental da natureza humana, seja por todas as condições objetivas de mútua dependência e solidariedade decorrentes do fato geral da divisão do trabalho.¹³²

A vida em sociedade traz evidentes benefícios ao homem, mas por outro lado, favorece a criação de uma série de limitações que, em certos momentos e em determinados lugares, são de tal modo numerosas e frequentes que chegam a afetar seriamente a própria liberdade humana.

Por esta razão DALLARI questiona o fato de, apesar disso, o homem continuar vivendo em sociedade. Como se explica este fato? Haverá, por acaso, uma coação irresistível, que impede a liberdade dos indivíduos e os obriga a viver em sociedade, mesmo contra sua vontade? Ou, diferentemente, será que se pode admitir que é a própria natureza do homem que o leva a aceitar, voluntariamente e como uma necessidade, as limitações impostas pela vida social? Tanto a posição favorável à ideia da sociedade natural, fruto da própria natureza humana, quanto a que sustenta que a sociedade é, tão-só, a consequência de um ato de escolha, vêm tendo, através dos séculos, adeptos respeitáveis, que procuram demonstrar, com farta argumentação, o acerto de sua posição. Como conclusão pode-se afirmar que predomina, atualmente, a aceitação de que a sociedade é resultante de uma necessidade natural do homem, sem excluir a participação da consciência e da vontade humanas. É inegável, entretanto, que o contratualismo exerceu e continua exercendo grande influência prática, devendo-se mesmo reconhecer sua presença marcante na ideia contemporânea de democracia. Por último, é necessário assinalar que esta primeira conclusão deverá estar presente em todas as considerações sobre a vida social, sua organização com um centro de poder, sua dinâmica, seus objetivos e, especialmente, nas considerações sobre a posição e o comportamento do indivíduo na sociedade, pois, uma vez que esta é um imperativo natural, não se poderá falar do homem conhecendo-o como um ser isolado, devendo-se concebê-lo sempre, necessariamente, como o homem social.¹³³

¹³² Ibidem.

¹³³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 22ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, Cap. I, *Da Sociedade*, p. 9 et seq.

Com isso a Sociologia vai apontar que a divisão do trabalho como uma destas vantagens, sendo, ao mesmo tempo que um princípio de emancipação para o indivíduo, constitui um princípio de coesão para a sociedade. Para Durkheim isso gera uma “solidariedade subjetiva”, que gera uma “consciência coletiva” (Rousseau *volonté générale*¹³⁴).¹³⁵

Tendo até este ponto observado o fenômeno da integração, o que se pode concluir do exposto, é que “o homem tende, por sua própria natureza, a uma ordem social que representa uma *ordem de integração* (unidade orgânica, unidade de ordem) na qual as partes não perdem a sua individualidade, nem a atividade do todo se confunde com a das partes”.¹³⁶

Essa tendência humana a uma ordem social compreende hoje vários níveis, notadamente, o âmbito das preocupações que desconhecem fronteiras, o nível internacional.

Visto isso, quando se perquiri a formação histórica do conceito de soberania, a doutrina aponta seus primeiros elementos na *antiguidade*.

O Estado antigo na concepção grega era uma comunidade social perfeita, a única organização política, aquela que abrangia o homem em toda a exteriorização e largueza de sua vida social, caracterizando-se, segundo ARISTÓTELES, como autarquia, noção inteiramente diversa da moderna soberania¹³⁷ e que permitia distinguir o Estado das demais formas de sociedade. Para os antigos Gregos o estado representava o local onde todas as

¹³⁴ “Há, às vezes, diferença entre a vontade de todos e a vontade geral: esta atende só ao interesse comum, enquanto que a outra olha o interesse privado e não é senão uma soma das vontades particulares”. Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social: princípios de direito político*; tradução e comentários de J. Cretella Jr. E Agnes Cretella, 4ª ed. rev., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014 Livro II, Cap. III, p. 61 e ss.

¹³⁵ Durkheim, em seu livro clássico sobre a divisão do trabalho, depois de afirmar que esta produz, de maneira evidente, a solidariedade social, declara ser seu objetivo “determinar até que ponto a solidariedade contribui à integração geral da sociedade, posto que somente então se poderá saber o grau de sua necessidade, isto é, se se trata de um fator essencial de coesão social, ou se representa, ao contrário, apenas uma condição acessória e secundária”. Cf. Durkheim, *De la division du travail social*, Paris, 1902, p.27 et seq, *apud*, DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 22ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001. Contrariamente, REALE diz que a divisão do trabalho produz uma solidariedade objetiva entre os homens, mas a solidariedade subjetiva nunca é uma pura resultante do fato social; é antes consequência de uma apreciação por parte do homem, de uma posição do espírito perante os fatos, posição esta tomada segundo critérios de valor de que decorre a normatividade. Sobre o fato bruto não se fundamenta nenhuma obrigação ética, nenhuma obrigação jurídica. A obrigação surge do contato do homem com o fato, isto é, da apreciação que o homem faz de certas relações sociais, uma vez que, se, todo juízo sobre a conduta humana desperta emoções especiais de adesão ou de repulsa que se consubstanciam em juízos normativos, é preciso reconhecer que a causa dessas atitudes só pode ser encontrada no estudo dos valores, fonte verdadeira da normatividade. Cf. Miguel Reali, *Teoria do direito e do estado*, op. cit., p.67.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 69.

¹³⁷ Segundo Shaw, com o avanço das tecnologias, especialmente de comunicações, a soberania foi profundamente alterada, por conta da interdependência entre os Estados, o que, “aliada à organização cerrada da sociedade comercial e política contemporânea em nível internacional”, leva a que todos os atos dos Estados, mesmo internos, tenham reflexos nas relações internacionais e nas decisões internas de outros Estados. Cf. SHAW, Malcolm N. *Direito Internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 101.

necessidades humanas se pudessem prover ou satisfazer plenamente, era dotado de uma indispensável autossuficiência na qual se desenrolava a vida do cidadão grego – não conhecendo, o Estado-cidade, conflito interno de poderes sociais, rivalidade de instituições, grupos, facções ou partidos políticos, que pudesse quebrar a unidade monolítica do Estado.¹³⁸

A sociedade política que ignorava conflitos desta ordem compunha na *polis* um todo de tamanha homogeneidade que a nenhum pensador ou jurista romano ocorreu a distinção entre Estado e mais comunidades políticas, quer do ponto de vista externo, quer do ponto de vista interno.¹³⁹

A *Idade Média* copiou tão-somente em certa maneira o modelo imperial de organização política do povo romano. O Santo Império Romano-Germânico foi em grande parte abstração, nome pomposo, reminiscência saudosa, mais que realidade viva e operante, justificando assim a frase de quem afirmou que pouco tinha ele de santo e quase nada de romano e muito menos de germânico.¹⁴⁰

A soberania não é apenas uma ideia doutrinária fundada na observação da realidade internacional existente desde quando os governos monárquicos da Europa, pelo século XVI, escaparam ao controle centralizante do Papa e do Sacro Império romano-germânico. Ela é hoje uma afirmação do direito internacional positivo, no mais alto nível de seus textos convencionais. A Carta da ONU diz, em seu art. 2º, §1º, que a organização “é baseada no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros”. A Carta da OEA estatui, no art. 3º, f, que “a ordem internacional é constituída essencialmente pelo respeito à personalidade, soberania e independência dos Estados”. De seu lado, toda a jurisprudência internacional, aí compreendida a da Corte de Haia, é carregada de afirmações relativas à soberania dos Estados e à igualdade soberana que rege sua convivência.¹⁴¹

Com efeito, esta forma de se organizar se estende de modo a abranger o Império e o indivíduo, havia, entretanto, entre o Império e o indivíduo vasta camada de *poderes intermediários*, fornecendo instituições providas de competência, comunidades propiciando o desenvolvimento interior de uma vida social autônoma.

Nesse sentido, leciona DALLARI que durante a Idade Média, sobretudo depois do estabelecimento de inúmeras ordenações independentes, é que o problema iria ganhar importância, pois, entre outras inovações, as próprias atividades de segurança e tributação

¹³⁸ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.133.

¹³⁹ *Ibid.*, p.134.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p.266.

iriam dar causa a frequentes conflitos, desaparecendo a distinção entre as atribuições do Estado e as de outras entidades, tais como os feudos e as comunas.¹⁴²

A idade do meio se revela historicamente como o longo período em que a ideia de Estado se apresenta amortecida em face da multiplicidade e competição de poderes rivais.¹⁴³

Destaca BONAVIDES que a frouxa unidade do poder político centralizado simbolicamente na pessoa do Imperador padece em sua órbita mais larga o desafio da Igreja. A cúria romana e o Império lutam entre si, pela supremacia do poder político. Dois grupos se defrontam, duas ordens se hostilizam: a ordem temporal e a ordem espiritual, a coroa e o sacerdócio, Cristo e César. Os poderes autônomos intermediários estavam nominalmente sujeitos à autoridade superior do Império. Somente este, a cuja testa se achava o Imperador, não ficara sujeito a nenhuma jurisdição:

O **princípio da soberania** começa historicamente por exprimir a superioridade de um poder, desembaraçado de quaisquer laços de sujeição.¹⁴⁴ [negrito nossos]

Tomava-se a soberania pelo mais alto poder, a *supremitas*, que constava já na linguagem latina da Idade Média, por traço essencial com que distinguir o Estado dos demais poderes rivais, que lhe disputavam a supremacia no curso do período medievo. Ilustra a França, [mas não estamos falando de Revolução Francesa ainda] mais que qualquer outro país, o drama histórico que gerou o conceito de soberania. Esse drama teve ali seu palco principal. Sendo, inclusive francesa, a expressão *souveraineté* (soberania). O rei da França afirmava externamente nas lutas com o Império e o sacerdócio sua independência política. Esse fato passa a traduzir para o publicista um pensamento que se lhe afigura essencial ao conceito de Estado: o de soberania. No final da Idade Média os monarcas já têm supremacia, ninguém lhes disputa o poder, sua vontade não sofre qualquer limitação, tornando-se patente o atributo que os teóricos logo iriam perceber, a *soberania*, que no século XVI aparece como um conceito plenamente amadurecido, recebendo tratamento teórico sistemático e praticamente completo.¹⁴⁵

O grande teórico da soberania vem a ser BODIN. Este escreve:

¹⁴² Dalmo de Abreu Dallari, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, op. cit., p.76.

¹⁴³ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*, op. cit., p.134.

¹⁴⁴ Ibid.

¹⁴⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, op. cit., p.76.

Dizemos que a monarquia é uma forma de república na qual a soberania absoluta reside em um único príncipe. Agora é necessário esclarecer esta definição. Diz-se em um, porque a palavra monarquia exige isso, porque se dissermos dois ou vários, ninguém é soberano. É soberano quem, sem poder ser ordenado por outro, pode enviar a todos; se houvesse dois príncipes iguais em poder, nenhum deles teria poder de comando sobre o outro, nem aceitaria ser comandado por seu companheiro, pois, nesse caso, eles deixariam de ser iguais. Deve, portanto, afirmar que em uma república em que há dois príncipes iguais no poder e senhores, ambos do mesmo país indiviso, nenhum deles é soberano.¹⁴⁶ [tradução nossa]

[...]

O Senado é a assembleia legítima dos conselheiros de Estado para dar conselhos aos que detêm o poder soberano na república [...]. É claro que, a república pode existir sem um senado; o príncipe poderia ser tão sábio e prudente que não encontre melhores conselhos do que o seu, ou, por desconfiar de todos, não parece dos seus nem dos estrangeiros [...].¹⁴⁷ [tradução nossa]

Esclarece a doutrina que, ao definir República na acepção de Estado, BODIN fizera da soberania seu elemento inseparável: “A República é o justo governo de muitas famílias, e do que lhes é comum, com poder soberano”.¹⁴⁸

A soberania se converte, conseqüentemente, num conceito polêmico, uma vez que partindo da premissa de Bodin, segundo a qual não há Estado sem soberania, os publicistas, acordes com tal ponto de vista, deixam de tratá-la como categoria histórica e passam a reputá-la categoria absoluta, dogma do direito público, o que é falso; segundo a conclusão da doutrina dominante desde Jellinek aos dias presentes.¹⁴⁹

A importância de Bodin como teorista político é justamente como uma maneira de superar os antagonismos da Idade Média entre o poder espiritual e o poder temporal, entre o imperador germânico-romano e os novos reis que surgiam da decomposição dos feudos. De modo que um poder novo se firmou no Estado moderno e este poder foi o poder dos

¹⁴⁶ BODIN, Jean. *Los seis libros de la Republica*. Edición española. Aguilar, 1973 – Edición original: Jean Bodin, *Les six livres de la république*, 1576, Capítulo II – LIBRO II, p.80-1. “Hemos dicho que la monarquía es una forma de república en la cual la soberanía absoluta reside en un solo príncipe. Es necesario ahora aclarar esta definición. Dije en uno solo, porque así lo exige la palabra monarquía, ya que, si decimos dos o varios, ninguno es soberano. Es soberano quien, no pudiendo ser mandado por otro, puede mandar a todos; si hubiera dos príncipes iguales en poder, ninguno de ellos tendría poder de mando sobre el otro, ni aceptaría a ser mandado por su compañero, pues, en tal caso, dejarían de ser iguales. Debe, pues afirmarse que en una república en que existan dos príncipes iguales en poder y señores, los dos, de un mismo país proindiviso, ninguno de los dos es soberano”.

¹⁴⁷ *Ibid.*, LIBRO TERCERO, Capítulo I, p. 99. “El senado es la asamblea legítima de los consejeros de estado para dar consejo a quienes ostentan el poder soberano en la república... Por supuesto, la república puede existir sin senado; el príncipe puede ser tan sabio y prudente que no encuentre mejor consejo que el suyo o, por desconfiar de todos, no tome parecer ni de los suyos, ni de los extranjeros.”

¹⁴⁸ Paulo Bonavides, *Ciência política*, op. cit., p.135.

¹⁴⁹ *Ibid.*

monarcas independentes; poder absoluto, que precisava de justificativa teórica. A teoria da soberania como poder supremo, com sede na monarquia, surge então como a mais fascinante das teorias, a que vence na sua época. Bodin assenta a doutrina desse poder supremo tendo em vista sobretudo suas implicações nas relações com outros Estados. Hobbes, por sua vez, procede à teorização do poder soberano para legitimar internamente a supremacia do monarca sobre os súditos.¹⁵⁰

Após este momento, as teorias avançam no tempo, destacando-se as doutrinas *teocráticas* e as doutrinas *democráticas*, devendo-se, a princípio, se fazer uma distinção entre a *soberania do Estado* e a *soberania no Estado*.

A *soberania do Estado* diz respeito por à questão dos elementos e características do poder estatal que o distinguem, dos demais poderes e instituições sociais. A *soberania no Estado* formaria ao revés outra categoria de problemas de relevante importância, concentrados sumariamente na determinação da autoridade suprema no interior do Estado, na verificação hierárquica dos órgãos da comunidade política e sobretudo na justificação da autoridade conferida ao sujeito ou titular do poder supremo.¹⁵¹

O problema de legitimar a soberania na pessoa de seu titular e do mesmo passo explicar a origem do poder soberano suscita historicamente, então, doutrinas, começando com as que sustentam o direito divino dos reis até as que assentam no povo a sede da soberania. Dividem-se, portanto, como dito, em dois grupos: doutrinas teocráticas e doutrinas democráticas. As doutrinas teocráticas têm um ponto comum: a base divina que emprestam ao poder. Dentro dela se destacam a doutrina da natureza divina dos governantes, a doutrina da investidura divina e a doutrina da investidura providencial. Dentro das doutrinas democráticas temos a doutrina da soberania popular e a doutrina da soberania nacional.¹⁵²

A doutrina da soberania popular, a primeira e inconfundivelmente a mais democrática. Ela não postula necessariamente uma forma republicana de governo, tanto que Hobbes a desenvolveu para derivar da vontade popular a justificação do poder monárquico, e Rousseau para de certa forma corrigir erros ainda presentes de se fazer a democracia inseparável do liberalismo, quando na verdade, este significa apenas uma de suas variantes e de certa forma, a que com menos fidelidade reproduz a imagem e expressão da vontade popular e a plenitude portanto do princípio democrático. Para Rousseau, a soberania popular

¹⁵⁰ Ibid.

¹⁵¹ Ibidem, p. 136

¹⁵² Ibid., p. 137-138.

é tão somente a soma das distintas frações de soberania, que pertencem como atributo a cada indivíduo, o qual, membro da comunidade estatal e detentor dessa parcela do poder soberano fragmentado, participa ativamente na escolha dos governantes.¹⁵³

Na verdade, essas ideias vão influenciar os próximos momentos históricos de igualdade política dos cidadãos até se atingir o sufrágio universal.¹⁵⁴

Sobre a doutrina da soberania nacional, os publicistas franceses da primeira fase da Revolução – 1789-1791 – não ficaram indiferentes as ideias de Rousseau, com a qual se conduzia o elemento popular à plenitude do poder político e ao eventual despotismo e onipotência das multidões.¹⁵⁵

A vontade nacional é um dos termos de que os intrigantes de todos os tempos e os déspotas de todas as eras mais abusaram amplamente. Uns viram sua expressão nos sufrágios comprados de alguns agentes do poder; outros nos votos de uma minoria interessada ou temerosa; há até mesmo os que a descobriram totalmente formulada no silêncio dos povos e que pensaram que do *fato* da obediência nascia, para eles, o *direito* do comando.¹⁵⁶

Despotismo de certa forma, pois há três séculos a burguesia já havia alcançado preponderância econômica e deliberadamente queriam pleitear o domínio político da sociedade francesa.

Cumpria dar ao problema da soberania solução jurídica, política e social, concebida em termos de participação limitada da vontade popular, que evitasse de uma parte a continuação do regime monárquico...¹⁵⁷

¹⁵³ Ibid., p. 140.

¹⁵⁴ A este respeito, observa TOCQUEVILLE: “A revolução americana estourou. O dogma da soberania do povo saiu da comuna e apoderou-se do governo; todas as classes se comprometeram por sua causa; combateu-se e triunfou-se em seu nome; ele se tornou a lei das leis. [...] O Estado de Maryland, que fora fundado por grandes senhores, foi o primeiro a proclamar o voto universal e introduziu no conjunto de seu governo as formas mais democráticas. Quando um povo começa a tocar no censo eleitoral, pode-se prever que chegará, num prazo mais ou menos longo, a fazê-lo desaparecer completamente. Essa é uma das regras mais invariáveis que regem as sociedades. À medida que se recua o limite dos direitos eleitorais, sente-se a necessidade de recuá-lo ainda mais; porque, depois de cada nova concessão, as forças da democracia aumentam e suas exigências crescem com seu novo poder. A ambição dos que são deixados abaixo do censo inflama-se proporcionalmente ao grande número dos que se acham acima. A exceção se torna enfim a regra; as concessões sucedem-se sem parar e só se para quando se chega ao sufrágio universal”. Cf. TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: leis e costumes*, Livro I; (trad. Eduardo Brandão) – 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 66-67.

¹⁵⁵ Paulo Bonavides, *Ciência política*, op. cit., p.141.

¹⁵⁶ Alexis de Tocqueville, *A democracia na América: leis e costumes*, Livro I, op. cit., p. 65.

¹⁵⁷ Paulo Bonavides, *Ciência política*, op. cit., 142.

FERREIRA FILHO ensina que, “é justamente no conhecido panfleto de Siéyès, *Qu’est-ce que le tiers état?*, que isso se afirma explicitamente pela primeira vez”.¹⁵⁸

O livro, ou panfleto como alguns preferem, tem uma estrutura de pergunta desde o título: “Que é o terceiro Estado?” Antes mesmo do primeiro capítulo, o Abade Emmanuel Joseph Sieyès já anuncia o plano de seu escrito esposando e respondendo três questões: Que tem sido o terceiro Estado? – Nada; O que é? – Tudo; O que pretende ser? – Alguma coisa.¹⁵⁹ [tradução nossa]

A ideia de Constituição é fruto de um poder distinto dos que estabelece, a afirmação de um *poder constituinte*, fonte da constituição e, portanto, dos poderes constituídos.

Criticamente analisando, BONAVIDES afirma que, essas forças faziam a Revolução em nome do terceiro estado – a ordem burguesa – embora arvorassem a bandeira de um poder que inculcava extrair do povo toda a sua legitimidade.¹⁶⁰

A Nação surge nessa concepção como depositária única e exclusiva da autoridade soberana. Povo e Nação formam uma só entidade, compreendida organicamente como ser novo, distinto e abstratamente personificado, dotado de vontade própria, superior às vontades individuais que o compõem.¹⁶¹

Legitima-se a soberania, desse modo, desenvolvendo-se a teoria do poder constituinte.

2.2.2 PODER CONSTITUINTE E SUA LEGITIMAÇÃO

Reconhecer um poder capaz de estabelecer regras constitucionais, diverso do que estabelecer regras de acordo com a Constituição e, pretendendo-se àquelas superiores as demais, consiste no exercício do Poder Constituinte.

Carl SCHMITT define o Poder Constituinte como:

¹⁵⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 38ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 47.

¹⁵⁹ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *Qu’est-ce que le Tiers État?*, ChampsClassiques: Flammarion, 1988, p. 31-32. « Le plan de cet écrit est assez simple. Nous avons trois questions à nous faire. 1° Qu’est-ce que le Tiers état ? – Tout. 2° Qu’a-t-il été jusque’à présent dans l’ordre politique ? Rien. 3° Que demande-t-il ? – A être quelque chose ».

¹⁶⁰ Paulo Bonavides, *Ciência política*, Op. cit., p. 142.

¹⁶¹ Ibidem. “A distinção sensível entre as duas doutrinas democráticas da soberania se faz sentir sobretudo quanto aos efeitos da faculdade de participação política do eleitorado, que aqui se limita, circunscrito àqueles que a Nação investir na função de escolha dos governantes, e na doutrina da soberania popular, se universaliza a todos os cidadãos”. Cf. Paulo Bonavides, *Ciência política*, Op. cit., p. 142.

[...] la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo. De las decisiones de esta voluntad se deriva la validez de toda ulterior regulación legal-constitucional. Las decisiones, como más, son cualitativamente distintas de las normaciones legal-constitucionales establecidas sobre su base.¹⁶²

Esta superioridade de leis se impõem aos próprios órgãos do Estado, derivam de terem uma origem distinta, provindo de um poder que é a fonte de todos os demais, pois é o que constitui o Estado, estabelecendo seus poderes, atribuindo-lhes e limitando-lhes a competência.¹⁶³

Deve-se, portanto, reconhecer a existência de um Poder Constituinte do Estado e dos poderes deste – os quais são ditos constituídos. Esse Poder Constituinte que estabelece a organização jurídica fundamental, é que estabelece o conjunto de regras jurídicas concernentes à forma do Estado, do governo, ao modo de aquisição e exercício do governo, ao estabelecimento de seus órgãos e aos limites de sua ação, bem como as referentes às bases do ordenamento econômico e social.¹⁶⁴

A doutrina jurídica aponta ainda que a autoridade máxima da Constituição, reconhecida pelo constitucionalismo, vem de uma força política capaz de estabelecer e manter o vigor normativo do Texto. Essa magnitude que fundamenta a validade da Constituição, desde a Revolução Francesa, é conhecida com o nome de *Poder Constituinte Originário*. Ao contrário do que ocorre com as normas infraconstitucionais, a Constituição não retira o seu fundamento de validade de um diploma jurídico que lhe seja superior, mas se firma pela vontade das forças determinantes da sociedade, que a precede. Poder Constituinte originário, portanto, é a força política consciente de si que resolve disciplinar os fundamentos do modo de convivência na comunidade política.¹⁶⁵

No mesmo sentido, Carl SCHMITT ao asseverar que:

Una Constitución no se apoya en una norma cuya justicia sea fundamento de su validez. Se apoya en una **decisión política** surgida de un Ser político, acerca del modo y forma del propio Ser. La palabra “voluntad” denuncia – en contraste con toda dependencia respecto de una justicia normativa o

¹⁶² SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*, Madrid: Alianza Editorial, 1982, p.93-94.

¹⁶³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.47.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p.48.

¹⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p.103.

abstracta – lo esencialmente existencial de este fundamento de validez.¹⁶⁶
[negrito nosso]

Esta “vontade”, revelaria o marco mais forte, mais relevante da noção de Poder Constituinte, nos moldes do que se ensina tradicionalmente, qual seja, o incondicionamento desse poder que se manifesta em decorrência dos seres que decidem viver em sociedade. O homem, sendo por necessidade um animal político se vê indissociavelmente inserido nesta *vontade*.

Como o Poder Constituinte originário traça um novo sentido e um novo destino para ação do poder político, ele será mais nitidamente percebido em momentos de virada histórica, exemplificados nas ocasiões em que se forma *ex novo* um Estado, ou a estrutura deste sofre transformação, ou, ainda, quando da mudança de regime político. Nesses casos, percebem-se facilmente as características básicas do Poder Constituinte originário, quais sejam: a inicialidade, o incondicionamento a formas e a ilimitação pela ordem jurídica prévia.¹⁶⁷

Em outras situações, porém, a mudança se dá na continuidade, sob a vestimenta de reforma política. Aqui, ao contrário do que ocorre nas quebras abruptas da ordem anterior, não há um momento de claro rompimento formal com a ordem prévia; não obstante, em determinado ponto, deixa-se de respeitar a identidade da Constituição que estava em vigor.¹⁶⁸

Sobre o ponto, FERREIRA FILHO exemplifica como “Constituições não precedidas de revolução”, citando como exemplo a Constituição Francesa de 1958, fruto de reforma da Constituição anterior, estabelecida de acordo com as normas da Constituição desta anterior, mas que, por resultarem numa ampla, completa, profunda reformulação, se intitulam de “nova” Constituição.¹⁶⁹

Em obra clássica sobre o tema, FERREIRA FILHO vê, igualmente na Constituição brasileira de 1988, como fruto de uma reforma, não derivando, portanto, do que se conceberia por “poder constituinte originário”:

Ao avaliar o peso dessas “cláusulas pétreas”, convém lembrar que a Constituição de 1988 não foi obra de Poder Constituinte Originário. Ela resultou de uma “reforma constituinte”.

¹⁶⁶ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, op. cit., p.94.

¹⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p.106.

¹⁶⁸ Ibid.

¹⁶⁹ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p.51-52.

De fato, a “Constituinte” de 1987/1988 não era senão o Congresso Nacional – inclusive com os senadores eleitos em 1982 – investido de poderes especiais de reforma por força da Emenda n. 26/85 à Constituição de 1967.¹⁷⁰

Daí já se extrai que a teoria nem sempre é seguida ao pé da letra.

A dúvida é, se nestes moldes concebida a Constituição, seria fruto ou não, do Poder Constituinte Originário, mas se formos levar em consideração, desde já, a ideia de Schmitt de “vontade”, à breve passagem de Sieyès abaixo, a resposta seria sim: “Qualquer que seja a forma que a nação quiser, basta que ela queira; todas as formas são boas, e sua vontade é sempre a lei suprema”.¹⁷¹

Disso se extrai na conhecida relação que estabelece Sieyès à nação, que o titular do Poder Constituinte é, na concepção hoje prevalecente, o povo.¹⁷²

Ser, o povo, em última instância, o senhor de todo poder político não é mera postulação ideológica. Se o poder se comprova pelo fato de ser obedecido – e nisto está a sua efetividade – não existe poder independentemente do consentimento dos que a ele se sujeitam, os governados. Todo e qualquer poder existe segundo quer ou aceita o povo, ainda que inconscientemente, ainda que pressionado a fazê-lo. A contraprova está que nenhum governo, por mais tirânico que seja, por mais fortes que sejam os seus instrumentos de coerção, sobrevive, quando o povo, ou parcela ponderável deste, contra ele se levanta. Ou pelo menos a ele desobedece. O povo é, porém, o titular passivo desse poder. Ele diz a última palavra sobre o poder, obedecendo-lhe ou não. Entretanto, não é ele ordinariamente que ativa o poder. Este ativador do poder – que muitas vezes se sente ou se pensa dono do poder – é um “representante” do povo, seja um só homem ou um grupo. Muito raramente – na *Landsgemeinde* de cantões suíços – nos referendos constituintes modernos é que ele exerce

¹⁷⁰ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *O Poder Constituinte*, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.195.

¹⁷¹ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa – Qu’est-ce que le Tiers État?*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 51. Ou, do original: “*de quelque manière que la nation veuille, il suffit qu’elle veuille; toutes les formes sont bonnes et sa volonté est toujours la loi suprême*”, *Qu’est-ce que le Tiers État?*, cap. 5º. ChampsClassiques: Flammarion, 1988.

¹⁷² Diz-se na concepção de hoje a ideia de *nação* associada à *de povo*, porque não foi esta a intenção primeira, por ocasião da Revolução Francesa: “É preciso ter presente que, no ensinamento de Sieyès, *nação* não deve ser confundida com o *conjunto de homens* que compõem, num determinado momento histórico. Para ele, a *nação* encarna a permanência de uma comunidade; é a expressão dos interesses permanentes de uma comunidade. Por isso, contrapõe Sieyès os interesses da nação aos interesses que os homens possam ter num determinado momento. Há interesses de uma comunidade que não se resumem nos interesses dos homens que em determinado instante a compõem, e pode mesmo haver contradição entre as duas ordens de interesses. O Poder Constituinte, portanto, pertence à *nação*, e manifesta a vontade dela, logicamente no estabelecimento das instituições que vão governar a sociedade”. Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *O Poder Constituinte*, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.33.

ativamente o poder. Assim, o poder que efetivamente comanda é um poder “representativo” no sentido apontado.¹⁷³

Enfrentando com maior profundidade a questão da legitimidade, o cientista político Joel Colón Rios escreve sobre a segunda dimensão da democracia. Para ele, o que seriam as formas tradicionais de se identificar o nível de democracia na dicotomia *substantiva* – na qual um regime democrático seria aquele a operar sob uma constituição que garanta certos direitos – e *procedimental* – um regime que forneça eleições frequentes de acordo com a doutrina da soberania do parlamento, tendem a obscurecer a relação entre os cidadãos e sua Constituição (resultado fim do nosso objeto, *i.e.*, produto do Poder Constituinte Originário sobre a ótica de quem é seu autor). Para este cientista, isto implica em os cidadãos olharem apenas uma das dimensões da vida democrática, a democracia no nível cotidiano do governo e não ao nível das leis fundamentais que, ao fim e ao cabo, resultam na compreensão de um momento na vida social em um arranjo jurídico, o momento no qual importantes transformações constitucionais ocorrem e que, a soberania popular chega próximo de ser exercitada. Sob este ponto de vista, a democracia não seria vista como uma forma de governo consubstanciada numa constituição. Nesta visão – a segunda dimensão – a democracia seria vista como uma prática política que envolve o exercício do Poder Constituinte.¹⁷⁴

Da confusão se vê a necessidade de se dessacralizar a doutrina do Poder Constituinte Originário e compreender a força política decisionista que perfaz a formação do Estado, se correlaciona à noção de soberania, e ainda hoje, age, em certa medida, como óbice ao reconhecimento da crescente ordem internacional.

Associando as noções de *soberania* e *poder constituinte* até agora anotadas, é digna de nota a observação de LEWANDOWSKI, a este respeito:

Com os olhos voltados para o processo de globalização e o de regionalização, que constituem fenômenos que se integram e completam, muitos vaticinam o fim ou a relativização da soberania e, até mesmo, o desaparecimento do Estado. Nada indica, todavia, que isso irá acontecer num futuro próximo. Embora os Estados possam ter eventualmente a autonomia cerceada em alguns aspectos, a sua soberania, ao menos no que ela tem de essencial, não se vê afetada. Na realidade, **jamais um Estado, por mais poderoso que fosse, logrou subtrair-se integralmente de uma soberania sem limites**, aliás, nunca existiu, muito menos tem lugar nos dias atuais, sobretudo porque as transformações históricas pelas quais os

¹⁷³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*, op. cit., p. 234 e ss.

¹⁷⁴ RIOS, Joel Colón. *Weak Constitutionalism. Democratic Legitimacy and the Question of Constituent Power*. New York: Routledge, 2012, *The Second Dimension of Democracy* – Cap. 3, p. 34-56.

Estados passaram a fazer com que ela acabasse ficando mais flexível do que a noção legada pela tradição.¹⁷⁵

Nem mesmo os integrantes da União Europeia, que se submeteram ao direito comunitário, renunciaram à soberania ou a parcelas desta. Simplesmente passaram a atuar de modo conjunto em determinadas áreas, sobretudo no campo da economia, para conferir maior eficácia às respectivas ações. Dito de outra forma, passaram a **compartilhar as respectivas soberanias**, em áreas consideradas críticas, por intermédio de órgãos supranacionais, aos quais delegaram um certo número de competências, taxativamente explicitadas nos tratados constitutivos.

As mudanças trazidas pela globalização, portanto, não tiveram o condão de abalar os fundamentos da soberania.¹⁷⁶ [negrito nosso]

Na doutrina constitucional, autores de peso questionam existirem ou não limites jurídicos e políticos quanto ao exercício desse poder. Para CANOTILHO, por exemplo, este questionamento passa pela problemática do *conteúdo* e *legitimidade* de uma constituição, uma vez que o poder constituinte não seria ilimitado, pois ele “não parte do nada” e, por isso, existem certos princípios – dignidade da pessoa, justiça, liberdade, igualdade – através dos quais poderemos aferir da *bondade* ou *maldade* intrínsecas de uma constituição.¹⁷⁷ E, associando, igualmente, as noções expostas até o momento, comenta:

O poder constituinte suscita ainda intrincados problemas de natureza dogmático-constitucional que começam na debatida questão (também jurídico-filosófica e teórico-constitucional) de saber se o poder constituinte é um “poder jurídico” ou um “poder de facto” e termina nos tópicos, não menos debatidos, da “**reserva de constituição**” (os assuntos que devem ser tratados por uma lei básica), da revisão ou alteração da lei constitucional e da identificação de um “núcleo duro irrevisível” de normas e princípios. A simples enumeração de temas e perspectivas indica também que, afinal, **à problemática do poder constituinte estão associados outros problemas**, desde sempre discutidos em qualquer “tratado de política”, como os da **soberania**, do contrato social, da revolução, do direito de resistência, da ascensão e queda de regimes políticos. Daí a afirmação de um autor: o poder constituinte do povo é um *conceito limite* do direito constitucional.¹⁷⁸ [negrito nosso]

FERREIRA FILHO recorda, que versão desta tese da limitação do Poder Constituinte é a de sua subordinação ao direito internacional, o que no passado, com Sieyès,

¹⁷⁵ No trecho: cf. POLIN, Raimond. Le concept de souveraineté et ses conséquences internationales. In: DRAGO, Roland (Org.). *Souveraineté de l'Etat et interventions internationales*, Paris: Dalloz, 1996, p. 12.

¹⁷⁶ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Globalização e Soberania. In: SOARES, Guido Fernando Silva; CASELLA, Paulo Borba... [et al.], (organizadores). *Direito internacional, humanismo e globalidade*, São Paulo: Atlas, 2008, p. 296.

¹⁷⁷ Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. *DIREITO CONSTITUCIONAL e Teoria da Constituição*. 7ª ed. (4ª Reimpressão). Almedina, 2003, p. 65 e ss.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 67.

admitia-se esta limitação pelos direitos naturais. Hoje, os internacionalistas, em geral, insistiriam na sujeição da Constituição aos direitos fundamentais, ou seja, a um Direito independente do direito positivo e a este anterior, o que não difere da tese da subordinação da Constituição a normas suprapositivas.¹⁷⁹

Recuperando a noção acima apontada por Canotilho, nos tempos mais recentes, o poder constituinte surge ainda como “conceito limite” do direito constitucional nacional. O processo de integração europeia tem suscitado a questão de saber se é possível erguer-se uma ordem comunitária supranacional assente num “poder constituinte europeu” ou, pelo menos, no exercício do poder constituinte originário dos estados soberanos: “Qualquer que seja a resposta, o problema está posto: é ou não política e juridicamente concebível um poder *constituente independente* ou *pós-soberano* assente no exercício em comum do poder constituinte originário dos povos?”¹⁸⁰

Já se identifica na prática contemporânea a exigência de que Estados associados em entes supraestatais obedeçam, nas respectivas Constituições, a determinados princípios. É o que Didier MAUS mostra a respeito da União Europeia, condizente na obrigação dos Estados já integrados de adaptarem as respectivas constituições em decorrência de normas oriundas de tratados. É a **obrigação de conformidade** [negrito nosso]:

A edição de algumas normas do direito internacional público pode ocasionar a obrigação de modificar as constituições nacionais? Esse é o tipo de pergunta que convém responder aqui. Com relação as situações tradicionais, a evolução é notável. Habitualmente, as conclusões de acordos internacionais podem trazer modificações ao direito interno; a pergunta não é formulada sob o ângulo constitucional. Na verdade, seria conveniente, sobretudo, fazer referência aos países da União Européia. A partir de agora, é impossível evocar a evolução atual futura dessa União sem se ver na obrigação de formular um certo número de perguntas em termos constitucionais. Do ponto de vista cronológico, o tratado de Maastricht de 1992 constitui um verdadeiro ponto de inflexão: agora, o diálogo entre a evolução dos tratados europeus e as constituições está aberto.¹⁸¹

Nas páginas seguintes do trecho transcrito, o autor demonstra os efeitos da ‘obrigação de conformidade’ a que se submeteram as Constituições, p.ex., da Alemanha,

¹⁷⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios Fundamentais do Direito Constitucional*, op. cit., p. 44.

¹⁸⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *DIREITO CONSTITUCIONAL e Teoria da Constituição*. 7ª ed., op. cit., p. 67-68.

¹⁸¹ MAUS, Didier. *A influência do direito internacional contemporâneo sobre o exercício do Poder Constituinte*. In: *Direito Constitucional – estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, BARROS, Sérgio Rezende de; ZILVETI, Fernando Aurelio (coordenadores), São Paulo: Dialética, 1999, p. 70.

Espanha, França, Irlanda e Portugal, por ocasião do Tratado de Maastricht, e, salienta como igual condição à participação do bloco, que os pretendentes procedam previamente uma adequação aos textos constitucionais. Seria a **necessidade de compatibilidade** [negrito nosso]:

Não se trata mais aqui de examinar uma estrita relação de conformidade entre a norma internacional e a norma constitucional, mas de considerar a seguinte pergunta: existem situações nas quais os países são bastante incitados a modificar sua constituição a fim de participar deste ou daquele órgão internacional?

Aqui, a referência será sempre do ponto de vista europeu, na adesão das novas democracias ao Conselho da Europa. Sabe-se que o pacto fundamental do Conselho da Europa repousa sobre a concepção de uma democracia liberal ao modo ocidental e que a Convenção de salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais de 4 de novembro de 1950 faz parte da aquisição que os novos aderentes devem e comprometer a respeitar.¹⁸²

Observa-se que esta necessidade de compatibilidade se fez recair sobre as novas democracias pós-comunistas, numa tentativa de garantia da democracia pluralista, dos direitos dos homens e uma incitação à harmonia.

No final do mencionado texto, Didier MAUS, menciona os elementos que estamos desenvolvendo no presente tópico, como a matriz do fenômeno neste processo de internacionalização do Direito, consubstanciado na seguinte questão, seguida de respostas e dúvidas. Questiona o autor se este fenômeno seria apenas Europeu. Em sua resposta salienta que a Europa, a partir do núcleo de base dos países fundadores das Comunidades Europeias e do Conselho da Europa, constitui agora um setor jurídico em que a interdependência entre as normas internacionais e as normas constitucionais não é mais discutível. Isso, não significaria, de maneira alguma, o desaparecimento dos Estados nações em benefício dos Estados Unidos da Europa, ou seja, de uma vasta confederação europeia; isso significaria simplesmente que, após a Segunda Guerra Mundial, e depois do fim do comunismo, os Estados europeus se conscientizaram de que pertenciam fundamentalmente a uma mesma civilização e que, para organizar a paz entre eles e promover a felicidade de seus cidadãos, seria conveniente adotar regras jurídicas cada vez mais uniformes.¹⁸³

A pergunta que deixa formulada, a qual nos associamos haja vista nem mesmo os grandes estudiosos do assunto ainda possuírem a resposta, reside em saber se, em outras partes do mundo, por exemplo, na América Latina ou na África, talvez no futuro na Ásia,

¹⁸² Ibid., p. 74.

¹⁸³ Ibid., p. 82.

outras perspectivas desse tipo poderão ser constatadas. Em outras palavras, a globalização das trocas econômicas será acompanhada de uma globalização de valores constitucionais?

2.2.3 A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Dentre as tendências do Direito Constitucional contemporâneo, vários são os desafios que comporão os principais temas a serem compreendidos neste século que se inicia, sendo um deles a convergência de sistemas constitucionais. Esta aproximação, poderá trazer inúmeras consequências estruturais na concepção de Direito do Estado a que chegamos, até então, podendo tais transformações se firmarem como um novo modelo de Estado, ou regredirem, conforme o curso imprevisível da história se mostrar conveniente ao desenvolvimento destas tendências.¹⁸⁴

A *internacionalização do Direito* relaciona-se a estas tendências do Direito Constitucional atual, apresentando-se como um desafio contemporâneo a compreensão da interação da Constituição entre os planos constitucional interno e internacional. Colocando de um lado posições nas quais a ideia pode ou não vir a afetar a noção de Constituição e sua supremacia, e, de outro, a inevitabilidade ou não do fenômeno, com consequentes necessidades de adaptações para se inserir neste cenário de coisas e *fazer parte*.

O constitucionalismo contemporâneo vive uma verdadeira expansão e o antigo temor de que a letra da norma constitucional restasse apenas uma “*Law in the Books*” (DAHL, Robert A.¹⁸⁵), deu lugar a uma verdadeira *força normativa da Constituição* (HESSE, Konrad¹⁸⁶). Paradoxalmente, é fato facilmente comprovável, a preocupação do

¹⁸⁴ Basta ver, por exemplo, o conhecido plebiscito – tratado como referendo – recentemente convocado na Inglaterra com sua consequente retirada da União Europeia. Registre-se que, Manoel Gonçalves Ferreira Filho no ano de 1998, em trabalho apresentado numa reunião do Instituto Pimenta Bueno, em São Paulo, ao analisar o tema “*O Human Rights Act, 1998, e os Direitos Fundamentais na Constituição Inglesa*”, já previa a necessidade do tempo diante de certos acontecimentos ao analisar: “O *Human Rights act* certamente não instaura um controle de constitucionalidade, nem estabelece uma hierarquia de normas no seio da “Constituição” inglesa. Com boa vontade, pode-se ver nele um passo nessa direção, todavia, um passo relativamente pequeno. Longe, muito longe, ainda fica o direito britânico, nesses pontos, do desenvolvimento há muito alcançado pelo direito constitucional de Estados que se inspiraram na “Constituição” inglesa, idealizada por Montesquieu como a única que teria por objeto a liberdade dos cidadãos. Marca, por outro lado, a persistência de ideias, como a da soberania “última”, de que decorre a prevalência do direito interno sobre as normas internacionais. E isto no âmbito de um Estado integrado numa “comunidade”, como o é a União Europeia. O futuro – insista-se – dirá de sua verdadeira importância”. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Lições de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 329.

¹⁸⁵ Cf. DAHL, Robert Alan. *On Democracy*, New Haven London: Yale University Press, 1988.

¹⁸⁶ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

constituinte derivado em fazer mudanças no texto Constitucional para acomodar tratados internacionais à realidade doméstica – observando-se igual fenômeno no direito comparado, como abaixo se verá.

Duas fortes justificativas para tanto, normalmente apontadas pela doutrina, assentam-se em dois acontecimentos históricos que impulsionaram o fenômeno da proliferação de tratados – e com eles o da conformidade, analisado no tópico acima – gerando, desde uma associação de Estados, a uma necessidade de se pensar além-fronteiras, quais sejam: o pós-Segunda Guerra Mundial e a Globalização.

Neste sentido leciona FERREIRA FILHO que é flagrante o fato de nos últimos cem anos, particularmente após a Segunda Guerra, ter-se multiplicado entes que associam Estados independentes, sendo que muitas são as razões para isso: umas, de ordem econômica; outras, determinadas pelas necessidades de segurança; são mercados comuns, organizações internacionais – destas, algumas de âmbito regional; outras, de intento global.¹⁸⁷ E prossegue o renomado Constitucionalista:

A globalização – a mundialização das relações políticas, econômicas e sociais – ensejada pelos meios de transporte, certamente intensifica esse fenômeno associativo. Realmente, ela traz questões que se põem numa dimensão que supera as possibilidades dos Estados tradicionais. Disto resulta a necessidade de estes se associarem, ganhando melhores condições para enfrenta-las.¹⁸⁸

A chamada globalização constitui um processo que vem se desenvolvendo desde o passado remoto da humanidade. Compreendida *num sentido amplo*, começa com as migrações do *homo sapiens*, transita pelas conquistas dos antigos romanos, pela expansão do Cristianismo e do Islã, pelas grandes navegações da Era Moderna, pela difusão dos ideais da Revolução Francesa, pelo neocolonialismo do Século das Luzes e pelos embates ideológicos da centúria passada, culminando com a *aldeia global* que caracteriza o mundo de hoje.¹⁸⁹

Neste ponto, é enriquecedora a observação que faz CASELLA, na busca de elementos precursores do direito internacional na antiguidade, em escrever que ao mesmo

¹⁸⁷ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Princípios Fundamentais do Direito Constitucional*, op. cit., p.311. Também os estudos de: SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Globalização e as Ciências Sociais*. 2ª ed., São Paulo: Cortez, 2002.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 311.

¹⁸⁹ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização e Soberania*. In: SOARES, Guido Fernando Silva; CASELLA, Paulo Borba... [et al.], (organizadores). *Direito internacional, humanismo e globalidade*, op. cit., p. 293.

tempo em que um “sistema internacional” propriamente dito poderia ainda não existir, o historiador grego, radicado em Roma, POLÍBIO já apontava o dado de se ter tornado um todo orgânico a história do mundo, sendo que, em tempos mais recentes, o fenômeno será referido como “globalização”. Desse modo, não é de hoje a percepção. POLÍBIO, no século II a. C., poderia ser o primeiro autor a ter concebido o fenômeno, mesmo sem atribuir-lhe tal denominação, na medida em que se davam interações entre diferentes povos e civilizações, caberia falar em história do mundo como “todo orgânico”.¹⁹⁰

Num sentido estrito, a globalização, cujo ritmo acelerou-se significativamente a partir do final da Segunda Guerra Mundial, e mais ainda após o término da Guerra Fria, configura um fenômeno econômico, que corresponde a uma intensa circulação de bens, capitais e tecnologia através das fronteiras nacionais, com a conseqüente criação de um mercado mundial. Representa uma nova etapa na evolução do capitalismo, tornada possível pelo extraordinário avanço tecnológico nos campos da comunicação e da informática, caracterizando-se basicamente pela descentralização da produção, que distribui por diversos países e regiões, a sabor dos interesses das empresas multinacionais. Todavia, a globalização não se resume a esse novo modo de produção capitalista, estruturado em escala mundial. Ela decorre também da universalização dos padrões culturais e da necessidade de equacionamento comum dos problemas que afetam a totalidade do planeta, como a degradação do meio ambiente, a explosão demográfica, o desrespeito aos direitos humanos, a disseminação de doenças endêmicas, a multiplicação dos conflitos regionais etc.¹⁹¹

Assim, juntamente a estas relações cada vez mais intensas de Estados, surgem problemas que não se circunscrevem as fronteiras do país. Preocupações como meio ambiente, crime organizado, proliferação da pobreza, erradicação de armas nucleares etc., passam a se caracterizar como preocupações da Comunidade Internacional, ou, pelo menos, como relevante para alguns grupos.

Na verdade, o Direito Internacional assumiu, essencialmente depois da Segunda Guerra Mundial, um novo posicionamento. Acrescentou à sua esfera tradicional – a disciplina das relações entre Estados – um novo campo, qual seja, o da afirmação e proteção dos direitos fundamentais. Como aponta a doutrina, isto era até então impensável. O Direito Constitucional clássico considerava o indivíduo como estranho, sendo recente a mudança de perspectiva. Foi isto motivado pelo vilipêndio aos direitos fundamentais que caracterizou os regimes totalitários. Nasceu em reação às violações do nazismo e tomou ainda maior impulso

¹⁹⁰ CASELLA, Paulo Borba. *Direito Internacional no tempo antigo*, op. cit., p. 178.

¹⁹¹ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização e Soberania*, op. cit., p. 293-294.

após as revelações acerca dos abusos ocorridos na União Soviética. Este novo posicionamento ditou, por um lado, a afirmação internacional dos direitos fundamentais; por outro, o desenvolvimento de sistemas de proteção internacional de tais direitos, seja por atuação política, seja por meio jurisdicional.¹⁹²

Neste sentido, e recuperando um apontamento na introdução do presente item, em uma das passagens mais famosas da *Dialética Negativa*, Adolfo afirmava que Hitler impôs aos homens em estado de não-liberdade um novo imperativo categórico: orientar seu pensamento e sua ação de modo a que Auschwitz não se repita, que não ocorra nada parecido.¹⁹³

KANT foi o primeiro a reconhecer que ao homem não se pode atribuir valor – preço –, devendo ser considerado como um fim em si mesmo e em função da sua autonomia enquanto ser racional.

Admitindo porém que haja alguma coisa *cujá existência em si mesma* tenha um valor absoluto e que, *como fim em si mesmo*, possa ser a base de leis determinadas, nessa coisa e só nela é que estará a base de um possível imperativo categórico, quer dizer de uma lei prática. Ora digo eu: — O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, *existe* como fim em si mesmo, *não só como meio* para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas acções, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado *simultaneamente como fim*. Todos os objectos das inclinações têm somente um valor condicional, pois, se não existissem as inclinações e as necessidades que nelas se baseiam, o seu objecto seria sem valor. As próprias inclinações, porém, como fontes das necessidades, estão tão longe de ter um valor absoluto que as torne desejáveis em si mesmas, que, muito pelo contrário, o desejo universal de todos os seres racionais deve ser o de se libertar totalmente delas. Portanto o valor de todos os objectos que possamos *adquirir* pelas nossas acções é sempre condicional. *Os* seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam *coisas*, ao passo que os seres racionais se chamam *pessoas*, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objecto do respeito).¹⁹⁴ [sic]

¹⁹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*, 14ª ed. São Paulo: Saraiva: 2014, Cap. 10, A PROTEÇÃO INTERNACIONAL, p. 110 e ss. No mesmo sentido: CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, 7ª ed., (4ª reimpressão). Almedina, 2003, p.669.

¹⁹³ Cf. ADOLFO, Theodor. *Dialética negativa – La jerga de la autenticidade*. Trad. Alfredo Brotons Muñoz. Madrid: Akal, 2005, p. 334, *apud*, MENDES, Gilmar Ferreira; GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Direitos humanos e integração regional: algumas considerações sobre o aporte dos tribunais constitucionais*, op. cit.

¹⁹⁴ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, (trad. Paulo Quintela), São Paulo: Edições 70 LDA, 2007, p. 67-68.

Já era um ideal da Revolução Francesa declarar direitos fundamentais, tendo proclamado *a soberania da nação* com toda a solenidade de suas leis em dois artigos célebres dos *Direitos do Homem* de 1789 e da Constituição de 1791:

Art. 3º. O princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação. Nenhuma operação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente.¹⁹⁵

Entretanto, conforme já se observou, nação e “vontade nacional” é um dos termos de que os intrigantes de todos os tempos e os déspotas de todas as eras mais abusaram amplamente. Uns viram sua expressão nos sufrágios comprados de alguns agentes do poder; outros nos votos de uma minoria interessada ou temerosa e há até mesmo os que a descobriram totalmente formulada no silêncio dos povos e que pensaram que do *fato* da obediência nascia, para eles, o *direito* do comando.¹⁹⁶

Porém, esta *nação*, configura-se no *povo*, elemento humano indispensável a continuidade do próprio Estado, conforme vem se demonstrando na história e a razão não põe dúvidas.

Nesse sentido, REZEK leciona sobre os três elementos do Estado, quais sejam: a) uma base territorial; b) uma comunidade humana estabelecida sobre essa área; e c) um governo não subordinado a qualquer autoridade exterior. E complementa:

O elemento humano é, em verdade, o único que se supõe imune a qualquer eclipse, e cuja existência ininterrupta responde, mais que a do próprio elemento territorial, pelo princípio a continuidade do Estado [...].¹⁹⁷

Ao se apresentar parcialmente o imperativo categórico de KANT e uma contra noção – dialética negativa, coloca-se em xeque – ao menos em parte – uma tradição filosófica fundada em Kant e também implica incontáveis responsabilidades em diversos campos da vida. Juridicamente, essas responsabilidades devem se traduzir na ênfase que os sistemas jurídicos dão aos direitos. Embora o futuro possa nos revelar outras formas de evitar Auschwitz, consagrar direitos e encontrar a melhor maneira de torna-los realidade concreta tem sido, ao menos nos últimos 60 anos, a opção tomada pelos diversos sistemas jurídicos no mundo e pelo direito internacional. A elaboração de constituições e tratados consagrando

¹⁹⁵ Cf. *Declaração de direitos do homem e do cidadão* – 1789.

¹⁹⁶ Alexis de Tocqueville, *A democracia na América: leis e costumes*, Livro I, op. cit., p. 65.

¹⁹⁷ REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*, op. cit., p. 199.

direitos, além do fortalecimento da jurisdição constitucional e da jurisdição de tribunais internacionais de direitos humanos são exemplos da ênfase dada aos direitos.¹⁹⁸

Como sabemos, o ápice desta nova era leva a criação da Organização das Nações Unidas – ONU – ao final da Segunda Guerra, em 1945, com o objetivo de assegurar à paz e estimular o respeito aos direitos fundamentais e,

[...] 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.¹⁹⁹

Isto leva a ONU, em 1948, a editar a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Sobre o Documento, assinala PIOVESAN que a Declaração Universal não é um tratado. Foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas sob a forma de resolução, que, por sua vez, não apresenta força de lei. O propósito da Declaração, como proclama seu preâmbulo, é promover o reconhecimento universal dos direitos humanos e das liberdades fundamentais a que faz menção a Carta da ONU, particularmente nos arts. 1º (3) e 55.²⁰⁰

Embora a Declaração enuncie uma recomendação, não editando uma norma positiva, isto é, um conjunto de regras cogentes,²⁰¹ clara é sua influência nesta *recomendação*:

Com efeito, a Declaração se impõe como um código de atuação e de conduta para os Estados integrantes da comunidade internacional. Seu principal significado é consagrar o reconhecimento universal dos direitos humanos pelos Estados, consolidando um parâmetro internacional para a proteção desses direitos. A Declaração ainda exerce impacto nas ordens jurídicas nacionais, na medida em que os direitos nela previstos têm sido incorporados por Constituições nacionais e, por vezes, servem como fonte para decisões jurídicas nacionais. Internacionalmente, a Declaração tem estimulado a elaboração de instrumentos voltados à proteção dos direitos

¹⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Direitos humanos e integração regional: algumas considerações sobre o aporte dos tribunais constitucionais*, op. cit., Biblioteca Digital Supremo Tribunal Federal.

¹⁹⁹ CIJ – (ONUBR) A CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS E ESTATUTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA (Preâmbulo da Carta da ONU).

²⁰⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito Constitucional Internacional*, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 216.

²⁰¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*, op. cit., p.112.

humanos e tem sido referência para a adoção de resoluções no âmbito das Nações Unidas.²⁰²

Há de se reconhecer a expectativa em se controlar o arbítrio dos Estados e principalmente trazer o ser humano para o centro das preocupações Estatais. Isto se apresenta, tanto na própria Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão quanto hoje, na Constituição brasileira de 1988, que consagra como fundamento da República a dignidade da pessoa humana (art.1º, III), bem como na previsão do art. 4º, configurando uma verdadeira *mudança de regime*.

Na lição de CELSO LAFER, ao analisar o art.4º, II da Constituição Brasileira, e seu alcance, observa o princípio da prevalência dos direitos humanos na condução das relações internacionais do Brasil. Essa diretriz assinala, politicamente, a passagem do regime autoritário para o estado democrático de direito, institucionalizado pela Constituição de 1988, que consagra a perspectiva *ex parte populi* dos direitos humanos, como princípio de convivência coletiva, tanto no plano interno quanto no internacional.²⁰³

Veja, nesse sentido, o apontamento de ACCIOLY, NASCIMENTO e CASELLA:

A proteção dos direitos era, contudo, estipulada e regulada em instrumentos legais de **natureza interna**. A mutação substancial, no século XX, será a passagem para o **regime internacional de proteção dos direitos fundamentais e a progressiva consolidação deste**.²⁰⁴ [negrito nosso]

No que concerne ao debate dos conceitos apresentados, Cristina QUEIROZ ao escrever sobre *Os desafios atuais do constitucionalismo*, recorda que a Constituição quer seja entendida como “ordem quadro” ou “ordem fundamental”, não coacta a aplicação das restantes normas do ordenamento jurídico. Numa associação, o Direito Constitucional não coactaria outras formas de manifestação jurídicas, designadamente, o direito administrativo, o direito civil, o direito negociado etc., mas fornece-lhes as suas “têtes de chapître”, isto é, uma “orientação jurídica fundamental”, não sendo, pois, um direito ‘onipresente’, mas um direito que deixa espaço para que outras formas de manifestação jurídica tenham o seu lugar e possam conformar relações da vida social, como fica evidente, por exemplo, as relações de interpretação e adequação das normas de Direito Constitucional ao restante ordenamento

²⁰² PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito Constitucional Internacional*, op. cit., p.220.

²⁰³ LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos*, Barueri: Manole, 2005, p.2.

²⁰⁴ ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*, 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 492.

e às relações da vida comunitária, particularmente entre Direito Constitucional e o Direito Privado.²⁰⁵

Em igual sentido, o Direito Constitucional relaciona-se com outras ordens jurídicas e, designadamente, a ordem jurídica comunitária e a ordem jurídica internacional. Também aqui se colocaria a necessidade de traçar as “fronteiras” (limites) entre sistemas jurídicos que se “reconhecem mutuamente” (*cross recognition*) e que interagem na base de um “critério não hierárquico”:

Cada vez mais se torna visível – e analiticamente compreensível – que os sistemas jurídicos internos não vivam isolados, não podendo gravitar sobre si próprios. O mesmo é dizer que não podem ser interpretados e concretizados sem ter em consideração a sua relação com o sistema externo. Nesta perspectiva, pode afirmar-se que o Direito e os sistemas jurídicos funcionam em “rede”. Daí as designações, correntes, de “constitucionalismo multi-nível”²⁰⁶ ou “rede de inter-constitucionalidade. No Direito Internacional, há que ter em consideração a circunstância de que este constitui uma *ordem jurídica própria* que deve relacionar-se com o direito constitucional interno dos Estados. Uma matéria que tem sido estudada, com profundidade, no Direito Internacional Público, especialmente em sede da relação entre o direito interno e o direito internacional. Este último remete para normas constitucionais de competência interna a determinação dos órgãos que devem operar no processo de criação de normas e de vinculação internacional do Estado, quer se trata de normas e princípios de direito internacional comum, geral ou particular, quer de normas de direito convencional ou normas dimanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais [...]”²⁰⁷

Desta feita, nem mesmo os integrantes da União Europeia, que se submeteram ao direito comunitário, renunciaram à soberania ou a parcelas desta. Simplesmente passaram a atuar de modo conjunto em determinadas áreas, sobretudo no campo da economia, para conferir maior eficácia às respectivas ações. Dito de outra forma, passaram a **compartilhar as respectivas soberanias**, em áreas consideradas críticas, por intermédio de órgãos supranacionais, aos quais delegaram um certo número de competências, taxativamente explicitadas nos tratados constitutivos. As mudanças trazidas pela globalização, portanto,

²⁰⁵ QUEIROZ, Cristina. *Direito Constitucional. As instituições do Estado Democrático e Constitucional*, – Coedição – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Editora Coimbra, 2009, p. 394 e ss.

²⁰⁶ Cristina Queiroz observa que foi Ingolf PERNICE, um dos primeiros a desenvolver esta concepção de “união de constituições a vários níveis”, com o objetivo de explicitar as relações entre o direito constitucional interno dos Estados e o direito da União Europeia, utilizando a expressão inglesa “multi-level constitutionalism”. Cf. PERNICE, Ingolf. *L’Unione Europea (Der europäische Verfassungsverbund) nella prospettiva della Conferenza Intergovernativa del 2000*. In: Sergio Panunzio (ed.), “I Costituzionalisti e l’Europe. Riflessioni sui mutamenti costituzionali nel processo d’integrazione europea”, Milão, 2002, p. 335 et seq.

²⁰⁷ Queiroz, Cristina. *Direito Constitucional. As instituições do Estado Democrático e Constitucional*, op. cit., p. 396.

não tiveram o condão de abalar os fundamentos da soberania. No plano interno, o soberano continua dispondo da decisão final sobre todas as competências, ao passo que, na esfera externa, segue mantendo a independência que lhe possibilita assumir ou não determinadas obrigações. A delegação de alguns poderes a autoridades supranacionais, para emprestar maior eficácia à ação estatal, na verdade permitiu que os Estados conservassem a essência da soberania, incrementando as possibilidades políticas de seu exercício.²⁰⁸

Até porque, a soberania do Estado não é deixada de lado para que o fenômeno da internacionalização se desenvolva, numa sorte de “desapropriação”, mas ao contrário, o exercício da soberania impõe os conceitos limites da abertura, que se extrai da Constituição, conforme se entreviu acima. Por esta razão, observa LEWANDOWSKI, em outra obra, que a soberania do Estado:

[...] constitui, precisamente a principal dificuldade enfrentada pelos diferentes sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, que precisam contar com a anuência dos Estados para levarem a cabo sua tarefa nesse campo. Isso se deve ao fato de que os Estados, ao participarem dos organismos internacionais, sob cuja égide funcionam os ditos sistemas, não perdem a sua soberania, porquanto, dentre outras faculdades, conservam o direito de secessão. Além disso, nota-se que nas constituições dos referidos organismos figura, implícita ou expressamente (como no caso do artigo 15, § 8º, do Pacto da Liga das Nações ou do artigo 2º, § 7º, da Carta da ONU), a chamada *cláusula da jurisdição doméstica*, na qual se consagra o princípio da não-intervenção nos assuntos internos dos Estados.²⁰⁹

Na verdade, o fenômeno desta relação de entes soberanos, pode ser vista como uma característica da qualidade soberana do Estado, de onde se faz necessária esta figura justamente fortalecida, para que se tome decisões e as implemente a nível global. Disso extraímos da lição de Guido SOARES ao dizer “[...] ao conceito de Jean Bodin, de uma soberania ilimitada, nos dias correntes, opõe-se um entendimento de que o poder de autolimitar-se é a marca da própria soberania”.²¹⁰

Analisando a questão com enfoque na autodeterminação, CANOTILHO aponta que sua qualidade de princípio material, de natureza internacional e constitucional, o princípio da autodeterminação deve ser reinterpretado não apenas no sentido de que os “povos” devem deixar de estar submetidos a qualquer formas de colonialismo, mas também no sentido de

²⁰⁸ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização e Soberania*, op. cit., p. 296-297.

²⁰⁹ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional*, Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 141.

²¹⁰ SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*, v. 1. São Paulo: Atlas, 2002, p. 51.

que a legitimação da autoridade e da soberania política pode e deve encontrar suportes sociais e políticos a outros níveis – supranacionais e subnacionais – diferentes do tradicional e realístico Estado-Nação; e acrescenta que a globalização das comunicações e informações e a expansão mundial de unidades organizativas internacionais (organizações não governamentais), privadas ou públicas (mas não estatais) deslocam o papel obsidiante do “ator estatal”, tornando as fronteiras cada vez mais irrelevantes e a interdependência política e econômica cada vez mais estruturante.²¹¹

Daí decorrem dois fenômenos: *a*) uma verdadeira “via de mão dupla”, em que ocorre uma internacionalização do direito constitucional e uma constitucionalização do direito internacional, à medida que estes interagem; e *b*) a necessidade de os Estados adaptarem suas constituições, como vem ocorrendo.

Analisemos o primeiro dos fenômenos.

Como se constata, independente de se adotar uma postura monista ou dualista,²¹² “o fenômeno da internacionalização intensa nas relações multilaterais acaba por ter um efeito irradiador sobre todo o sistema constitucional”.²¹³

Se o discurso constitucional necessita tocar na temática internacional, o discurso internacionalista também necessita basear-se no discurso constitucional. Isso é bem demonstrado por duas tendências que se complementam: a internacionalização do direito constitucional e a constitucionalização do direito internacional. A primeira tendência dá conta da crescente tendência de o direito constitucional abarcar questões com repercussões internacionais – a existência do art. 4º da Constituição de 1988 é um bom exemplo de como normas de direito internacional podem pautar o discurso constitucional. Por sua vez, a segunda tendência tem a ver com a crescente justificação do direito internacional pelo discurso constitucionalista – daí falar-se, por exemplo, que seria a Carta das Nações Unidas a Constituição do Mundo e os tratados de direitos humanos o conjunto de normas sobre direitos fundamentais no plano internacional.²¹⁴

Desse modo, internacionalização do direito constitucional e constitucionalização do direito internacional seriam tendências que se complementam.

²¹¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *DIREITO CONSTITUCIONAL e Teoria da Constituição*. Op. cit., p.1369.

²¹² Cf. Parte II deste trabalho.

²¹³ MENDES, Gilmar Ferreira. *A justiça constitucional nos contextos supranacionais*. Direito Público. Brasília. N.º 8, 2005, p. 57.

²¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Direitos humanos e integração regional: algumas considerações sobre o aporte dos tribunais constitucionais*, op. cit., Biblioteca Digital Supremo Tribunal Federal.

Acerca deste movimento de constitucionalização do Direito Internacional e internacionalização do Direito Constitucional, Jorge MIRANDA observa que uma das tendências marcantes do Direito das Gentes contemporâneo consiste na sua objetivação, a qual se traduz em fundamento não voluntarista das suas normas, incremento dos tratados multilaterais, interpretação e modificação apenas no âmbito do seu objeto e do seu fim e aparecimento ou valorização do *jus cogens* como acervo de princípios que prevalecem sobre as restantes normas.²¹⁵

Analisando-se assim, normas impositivas – cogentes – como na Convenção de Viena de Direito dos Tratados, que dentre outras, impõe ser nulo o tratado que, no momento de sua conclusão, seja incompatível com uma norma imperativa de Direito internacional geral (art. 53º, 1ª parte); ou ainda, a Carta das Nações Unidas, que por exemplo, prescreve que todos os Estados, sejam ou não membros da Organização, devem agir de acordo com os seus princípios em tudo quanto for necessário à manutenção da paz e da segurança internacionais (art. 2º, n.2), fazem perceber um movimento de *constitucionalização do Direito Internacional*:

Torna-se indiscutível aqui não pequena aproximação à noção de força jurídica específica de certas normas frente a outras e, conseqüentemente, à noção de conformidade ou desconformidade entre normas de graus diversos. **Conceitos nascidos no campo do Direito constitucional irradiam para o Direito das Gentes**, assim como, reciprocamente, as adstrições provenientes da inserção dos Estados na vida jurídico-internacional se projetam sobre as Constituições, a começar pelas relações entre ordem interna e ordem internacional.²¹⁶ [negrito nosso]

Apesar de admitir este grau de “interferência”, Jorge MIRANDA afirma, por outro lado que já não se afigura plausível, pele menos, por enquanto, falar-se numa Constituição

²¹⁵ Para embasar a afirmação cita os seguintes dispositivos da Convenção de Viena de Direito dos Tratados: *i*) é nulo todo o tratado que, no momento da sua conclusão, seja incompatível com uma norma imperativa de Direito internacional geral (art. 53, 1ª parte); *ii*) se sobrevier uma norma imperativa de Direito internacional geral, todo o tratado existente que for incompatível com esta norma tornar-se-á nulo (art. 64); *iii*) se um tratado se tornar nulo, a cessação da sua vigência: *a*) libertará as partes da obrigação de continuar a executar o tratado; *b*) não afetará nenhum direito, nenhuma obrigação, nem nenhuma situação jurídica das partes criadas pela execução do tratado antes de ele se extinguir, mas este direito, obrigação ou situação não se manterá no futuro, salvo na medida em que a sua eliminação não for em si mesma incompatível com a nova norma imperativa de Direito internacional geral (art. 71, nº 2). Além destes, apoia sua afirmação na Carta das Nações Unidas, nos seguintes pontos: *i*) que todos os Estados, sejam ou não membros da Organização, devem agir de acordo com os seus princípios em tudo quanto for necessário à manutenção da paz e da segurança internacionais (art. 2º, nº 2); *ii*) que, em caso de conflito entre as obrigações resultantes da Carta e as obrigações resultantes de qualquer outra convenção internacional, prevalecem as primeiras (art. 103). Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6ªed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, v. II, p. 55-56.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 57.

internacional ou mundial similar ou homóloga das Constituições estatais; nem, como sublinha CANOTILHO,²¹⁷ muito menos considerar Constituições civis globais sem política”.

Interessante neste ponto, é a analogia explicativa de Cristina QUEIROZ dizendo que, no processo atual de desenvolvimento das redes internacionais e supranacionais, pode-se argumentar, que o direito constitucional, o direito internacional e o direito supranacional, formam, conjuntamente com o direito interno dos Estados, um “sistema político a vários níveis”, constituído na base dos sistemas políticos dos Estados membros, que podem também eles, a nível interno, deter, por sua vez, uma estrutura multi-nível. É este, designadamente, o caso dos Estados federais ou dos Estados regionalizados. Ambos apresentam estruturas políticas de “sobreposição”, que não se anulam, antes coexistem e se reforçam mutuamente.²¹⁸

O fenómeno inverso, a *internacionalização do Direito*, consistiria na irradiação de figuras internacionais para o Direito constitucional; vem a ser o impacto daquele sobre as Constituições.

Este impacto manifesta-se, antes de mais, no *jus cogens*, na medida em que este adstringe os Estados não só nas respectivas relações e com outros sujeitos, não só nas suas

²¹⁷ J. J. Gomes CANOTILHO. *O Estado de Direito Constitucional internacional*, in: Revista de História das Ideias, vol. 26, 2005, p. 351-352. No estudo “A Constituição Européia: um marco no processo de integração da Europa”, a Professora Maria Teresa de Carcomo Lobo, tendo em vistas a possibilidade de uma Constituição para Europa toda, escrevia, sobre o título, O TRATADO CONSTITUCIONAL, propugnando a Extinção dos Tratados da União Europeia e da Comunidade Europeia, para analisar uma Constituição única, regional e já estruturada: “Os Tratados da União Européia e da Comunidade Européia são extintos, passando a vigorar um só Tratado – o Tratado constitucional que, após a sua entrada em vigor, constituirá o Direito Primário da União Européia. Ao estabelecer uma Constituição para a Europa, o Tratado deu à União Européia uma base única – a Constituição, ampliou e reforçou a sua capacidade de atuação, tanto a nível europeu quanto a nível internacional” (sic). Cf. LOBO, Maria Teresa de Carcomo. *A Constituição Européia: um marco no processo de integração da Europa*. In: GOMES, Eduardo Biacchi; REIS, Tarcísio Hardman (coords.). *Direito constitucional europeu: rumos da construção*, Curitiba: Juruá, 2005, p. 15-32. Não é despiciendo lembram que esta não vingou: “Após as rejeições francesa e holandesa à ratificação do Tratado Constitucional [e hoje com a retirada da Inglaterra do bloco], existem diferentes cenários sobre o futuro do projeto constitucional. Esses cenários vão do puro e simples abandono do Tratado Constitucional à aplicação de certas de suas disposições, sem que ocorra uma renegociação do projeto constitucional em seu conjunto. [...] Neste momento de crise, parece que os Estados estão priorizando seus interesses nacionais aos interesses comunitários, o que não é um bom sinal. Esta pausa para reflexão, decidida pelos líderes europeus, após as rejeições francesa e holandesa ao Tratado Constitucional, tanto pode ser positiva como negativa. Positiva será se as razões de rejeição forem verdadeiramente captadas (ou seja, se a sociedade não foi apenas ouvida, mas compreendida) e se alternativas existentes forem viáveis para a solução dos problemas postos, tais como o déficit democrático da União Européia, a opção entre uma Europa social ou liberal, o *dumping* social e fiscal e a ampliação da União Européia, entre outros. Negativa será se “o pedido de tempo” significar um arrefecimento das ambições políticas e sociais da União Européia, com a manutenção de um projeto estritamente econômico e monetário [parece ter o autor acertado aqui]. Pior ainda será se a crise originada em 29 de maio de 2005 estimular o regresso de um nacionalismo e de um xenofobismo onde os sonhos comunitários se esvaeçam” [sic]. Cf. LIMA, José Antonio Farah Lopes de. *Constituição europeia e soberania nacional*, Leme: J. H. Mizuno, 2006, passim.

²¹⁸ Cristina Queiroz, *Direito Constitucional. As instituições do Estado Democrático e Constitucional*, op. cit., p. 409.

formas de vinculação internacional, mas também a nível interno, nas respectivas Constituições. Como estruturante da comunidade internacional, os princípios *jus cogens* não podem, por isso, deixar de se sobrepor à Constituição de qualquer Estado enquanto membro dessa comunidade. Na sequência da Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos do Homem proclama a dignidade de todas as pessoas humanas e a Convenção de Viena de Direito dos Tratados enuncia expressamente os princípios de igualdade de direitos dos povos e do direito de disporem de si próprios, da igualdade soberana e de independência de todos os Estados, de não ingerência nos assuntos internos, de proibição da ameaça ou do emprego da força e do respeito universal e efetivo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais para todos: ²¹⁹

Exprimindo uma consciência jurídica universal no presente período histórico, **esses princípios constituem um título de legitimidade, senão de validade, de todas as Constituições e traduzem-se, por conseguinte, em limites ao poder constituinte.** Não por acaso – mas apenas com sentido declarativo – a Constituição portuguesa refere alguns desses princípios no art. 7º e a Constituição suíça (após 1999) prescreve que a sua revisão parcial não pode violar as regras imperativas do Direito Internacional.²²⁰ [negrito nosso]

Assim, os sistemas internacionais e os sistemas internos não constituem unidades separadas, mas integradas. Na verdade, o processo de “globalização” e “universalização” do Direito, e particularmente do direito constitucional, criou, por cima da rede tradicional dos Estados, um “sistema político integrado a vários níveis”, que obedece a uma regulamentação jurídica própria.²²¹

Ponto positivo é, com certeza, o fortalecimento da ideia de um *Estado constitucional cooperativo*, fazendo com que os Estados compartilhem não apenas relações económicas, mas também problemas a serem resolvidos em conjunto. Segundo Peter HÄBERLE, o Estado constitucional cooperativo estaria inserido em uma comunidade universal de Estados constitucionais, ou seja, em um contexto em que os Estados constitucionais não existem mais para si mesmos, mas, sim, como referências para os outros Estados constitucionais membros de uma comunidade.²²²

²¹⁹ À semelhança do artigo 4º da Constituição brasileira de 1988, que descreve os princípios que regem o Brasil nas suas relações internacionais.

²²⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6ªed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, v. II, p. 58.

²²¹ Cristina Queiroz, *Direito Constitucional. As instituições do Estado Democrático e Constitucional*, op. cit., p. 408.

²²² Cf. HÄBERLE, Peter, *El estado constitucional*, trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 75-77

Nesta linha de raciocínio, Cristina QUEIROZ²²³ afirma que o Estado nacional soberano, fechado sobre si próprio, deu lugar a um “Estado Constitucional cooperativo”, que passou a incorporar, pelo recurso da “cláusula de recepção”, competências normativas internacionais e supranacionais, com perda de supremacia e do alcance da Constituição, no sentido de que, como constituição de um Estado membro da União Europeia, deve a Constituição da República respeitar os limites traçados pelo direito comunitário, mas que por sua natureza de co-determinação e reconhecimento recíproco, ocorre um entrecruzamento com a ordem jurídica comunitária gerando, esta recíproca posição, uma posição mais interativa do que hierárquica:

É basicamente desse processo que decorre a dissociação actual entre os conceitos de “nação” e “sociedade política”, de “divisão” e “partilha” da *soberania*, que se verifica ao nível da actuação política, e, designadamente, no processo de “integração”, *política e constitucional*, da Europa actual.²²⁴ [sic]

Ao analisar a questão que ora tratamos – a internacionalização do direito constitucional e a constitucionalização do direito internacional –, HABERMAS questiona se a Constitucionalização do Direito Internacional ainda teria chances. E buscando a mesma base filosófica apresentada para apresentar o processo de globalização, soberania e poder constituinte, estrutura sua resposta a partir de Kant.²²⁵

Esclarece que Kant entendia um mundo de paz permanente como uma implicação da completa constitucionalização das relações internacionais. Os mesmos princípios que anteriormente tomaram forma nas Constituições dos estados republicanos, também deveriam estruturar essas condições cosmopolitas - devendo conceder a todos os mesmos níveis de direitos civis e de humanos. Em Kant, essa ideia de uma condição cosmopolita assume forma concreta nas constituições de uma república mundial. No entanto, há a preocupação com a tendência para nivelar, e até mesmo despótica, a violência que parece ser endêmica da estrutura de uma palavra república.²²⁶

²²³ Cristina Queiroz, *Direito Constitucional. As instituições do Estado Democrático e Constitucional*, op. cit., p. 416 et seq.

²²⁴ Ibid.

²²⁵ Cf. HABERMAS, Jürgen. *The Divide West*, (ed. e trad. Ciaran Cronin), Polity: Malden-MA, 2006, p. 143 et seq.

²²⁶ Ibidem. [Tradução nossa]: “Kant understood permanent world Peace as an implication of the complete constitutionalization of international relations. The same principles which previously took shape in the constitutions of republican states should also structure this cosmopolitan conditions - it must accord every one the same civil and human rights. In Kant, this idea of a cosmopolitan condition assumes concrete form in the constitutions of a world republic. However, the is troubled by the tendency toward leveling, and even despotic, violence which seems to be endemic to the structure of a word republic”.

Por este motivo, em nome de uma convivência cosmopolita de estados soberanos, prefere a substituição da ideia de uma liga de nações que possa deter o monopólio global de “Estados conquistados”, sem renúncia ao direito coercitivo, por uma realização mais fraca, que se dê por uma associação voluntária de repúblicas pacíficas:

É por isso que ele recai sobre o substituto de uma liga de nações. Se o monopólio do poder global de um todo de nações conquistadas representa a única alternativa à convivência dos Estados soberanos, parece melhor não concretizar a ideia de uma condição cosmopolita, que ele não renúncia, no meio do direito coercitivo. Deveria ser realizado, ao invés disso, na forma mais fraca de uma associação voluntária de repúblicas pacíficas. Eu tentei mostrar que a alternativa que leva Kant a tirar essa conclusão não esgota as possibilidades. Se concebermos a domesticação legal de uma arena internacional beligerante em termos suficientemente abstratos e não sobrecarregar a ideia com falsas analogias, um caminho diferente para a constitucionalização do direito internacional, um aberto por noções liberais, federalistas e pluralistas, parece, pelo menos conceitualmente, possível.²²⁷ [tradução nossa]

Nesta adaptação de conceitos que interagem e mutuamente se apropriam, ao analisar o que chama de “pontos de partida do constitucionalismo global”, CANOTILHO desenvolve uma releitura, e aponta, justamente em primeiro lugar a democracia e o caminho para a democracia, de onde deve-se considerar como tópicos dotados de centralidade política interna e internacional, sendo que, no plano interno, a democracia é o “governo menos mau” e no plano externo a democracia promove a paz.²²⁸

De qualquer forma, o direito internacional, se desenvolveu nessa direção. Este desenvolvimento jurídico foi promovido no contexto de uma sociedade mundial cada vez mais complexa e de um sistema estatal altamente interdependente. Foi uma reação aos desafios colocados pela tecnologia militar e pelos riscos de segurança e, em particular, uma resposta às experiências históricas e morais da destruição dos judeus europeus e outros horríveis crimes de massa. Portanto, não é meramente uma especulação vazia para perseguir a possibilidade conceitual de um sistema político multinível que não assume um caráter

²²⁷ HABERMAS, Jürgen. *The Divide West*, op. cit., p. 144. “This is why he falls back on the surrogate of a league of nations. If the global power monopoly of an all-conquering state of nations represents the only alternative to the coexistence of sovereign states, it seems better not to realize the idea of a cosmopolitan condition, which he nevertheless does not renounce, in the medium of coercive law. It should be realized instead in the weaker form of a voluntary association of peaceful republics. I have tried to show that the alternative which compels Kant to draw this conclusion does not exhaust the possibilities. If we conceive of the legal domestication of a belligerent international arena in sufficiently abstract terms and do not burden the idea with false analogies, a different path to the constitutionalization of international law, one opened up by liberal, federalist, and pluralist notions, seems at least conceptually possible”.

²²⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *DIREITO CONSTITUCIONAL e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 1369.

semelhante ao Estado como um todo – como sistema sem um governo mundial e um monopólio da força capaz de garantir a paz e os direitos humanos em nível supranacional e enfrentando os desafios como uma política doméstica mundial a nível transnacional. Por outro lado, a realidade paralisante de um mundo dominado pela violência oferece amplos motivos para ridicularizar esses "sonhos de um fantasma-vidente". Também é importante perceber que a ideia de uma condição cosmopolita, por mais normativa que seja, continua sendo uma promessa vazia, mesmo enganosa, sem uma avaliação realista da totalidade das tendências ‘acomodatórias’ nas quais ela está incorporada.²²⁹

Estas “tendências acomodatórias”, nos remetem ao derradeiro ponto deste subitem, onde acima se constatou: *a)* uma verdadeira “via de mão dupla”, em que ocorre uma internacionalização do direito constitucional e uma constitucionalização do direito internacional, à medida que estes interagem; e *b)* a necessidade de os Estados adaptarem suas constituições.

Analisemos, pois, este item último.

Se ocorre esta “ocupação” dos direitos humanos pelo direito internacional que visa igualmente sua garantia, por tudo que já se disse, além do que igualmente já se observou, ser a declaração de direitos a maneira que, desde as revoluções setecentistas se encontrou para a princípio resguardá-los, notadamente nos últimos 60 anos, no aspecto internacional, a concordância sobre os temas que se submetem os Estados soberanos, a este respeito, ocorre por meio de tratados. Para tanto, há que se prever como isto ocorrerá na ordem interna pelos próprios Estados. Sendo *a Constituição*, o documento máximo, é a partir dela, e por ela, que esta realização será delineada e se buscará concretização. Daí observar-se as alterações nos textos constitucionais hierarquizando e acomodando tratados, notadamente os que versam direitos humanos,²³⁰ às realidades domésticas.

²²⁹ HABERMAS, Jürgen. *The Divide West*, op. cit., p. 144 et seq. [Tradução nossa]: “International law has at any rate developed in this direction. This legal development was fostered in the context of an increasingly complex world society and a highly interdependence state system. It was a reactions to the challenges posed by military technology and security risks and, in particular, a response to the historical and moral experiences of the destructions of European Jews and other horrendous mass crimes. Hence, it is not merely empty speculation to pursue the conceptual possibility of a multilvel polical system that does not assume a state-like character as a whole – as system without a world government and a monopoly on force capable of securing peace and human rights at the supranational level and meeting the challenges as a world domestic politics at the transnational level.

On the other hand, the paralyzing reality of a world gripped by violence offers ample reasons to ridicule these “dreams of a ghost-seer”. It is also important to realize that the idea of a cosmopolitan condition, however normatively well founded, remains an empty, even deceptive, promise without a realistic assessment of the totality of accommodating trends in which it is embedded.”

²³⁰ Com outro enfoque, Luis Ivani de Amorim Araújo destaca as alterações pelas quais procederam as Constituições da Europa para adequarem suas realidades ao Direito Comunitário, notadamente, para dar à este primazia: “Não é despreciando salientar que os Estados-Membros da União Européia, em suas Constituições

O direito comparado demonstra isso. Na sua interação entre o Direito Internacional e a ordem jurídica interna, os direitos humanos parecem representar a “chave mestra” de abertura das Constituições.

Veja, por exemplo a atual Constituição de Portugal que, para se adequar ao Estatuto de Roma e submeter-se ao Tribunal Penal Internacional, alterou seu artigo 7º, item 7, passando a vigorar com a seguinte redação:

Portugal pode, tendo em vista a realização de uma justiça internacional que promova o **respeito pelos direitos da pessoa humana** e dos povos, aceitar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, nas condições de complementaridade e demais termos estabelecidos no Estatuto de Roma. (Artigo 7.º Relações Internacionais)²³¹ [negrito nosso]

Além de seu art. 8º que divide o tema em três níveis de hierarquia, quais sejam: *i*) matérias constitucionais, nas quais as normas e princípios de direito internacional comum ou geral fazem parte integrante do direito português, com o conteúdo e a extensão que possuem no direito internacional; *ii*) outras matérias de natureza convencional, no qual se estabelece um regime de recepção automática; *iii*) e os itens 3 e 4 do referido dispositivo, em que se relacionam as organizações internacionais que Portugal seja parte, além dos tratados que regem a União Europeia, onde “o legislador constituinte português achou por bem estabelecer uma “cláusula específica” de recepção”.²³²

Artigo 8º – Direito Internacional

1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português.
2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português.
3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos.

incluíram preceitos que albergam a delegação do exercício de determinadas Competências para a entidade, admitindo, deste modo, a primazia do Direito Comunitário. Examinemos esses dispositivos constitucionais [e passa a citar como exemplo as constituições da República Federal da Alemanha (art. 23); Áustria (art. 9); Bélgica (art. 34); Dinamarca (art. 20); Espanha (art. 93); França (art. 88 e incisos); Irlanda (art. 29); Itália (art. II); Luxemburgo (art. 49); Portugal (art. 7.6); e Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte (art. 2º, n. 1 do *European Communities Act*, de 17.10.1972), com a ressalva de que o referido estudo data do ano de 2005].” Cf. ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. União Européia. In: GOMES, Eduardo Biacchi; REIS, Tarcísio Hardman (coords.). *Direito constitucional europeu: rumos da construção*, Curitiba: Juruá, 2005, p. 33-43.

²³¹ Cf. PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*, 1974. VII Revisão Constitucional [2005].

²³² Cf. Cristina Queiroz, *Direito Constitucional. As instituições do Estado Democrático e Constitucional*, op. cit., p. 408 et seq.

4. As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático.²³³

Destaque-se a Constituição da Alemanha ao atribuir o caráter supralegal aos tratados: Artigo 25 [Preeminência do direito internacional], As regras gerais do direito internacional público são parte integrante do direito federal. Sobrepõem-se às leis e constituem fonte direta de direitos e obrigações para os habitantes do território federal.²³⁴

Além de seu art. 79, §§ 1º e 2º da Lei Fundamental alemã, que prevê que os tratados internacionais, sobretudo os relativos à paz [com a observação de que a Lei Fundamental alemã não se refere expressamente aos tratados “sobre direitos humanos” como faz agora o texto constitucional brasileiro], podem *complementar* a Constituição, uma vez que esta seja emendada por lei, aprovada por dois terços dos membros do Parlamento Federal e dois terços dos votos do Conselho Federal, nestes termos:

Artigo 79 [Emendas à Lei Fundamental] 1. A Lei Fundamental só poderá ser emendada por uma lei que altere ou complemente expressamente o seu texto. Em matéria de tratados internacionais que tenham por objeto regular a paz, prepara-la ou abolir um regime de ocupação, ou que objetivem promover a defesa da República Federal da Alemanha, será suficiente, para esclarecer que as disposições da Lei Fundamental não se opõem à conclusão e à entrada em vigor de tais tratados, complementar, e tão-somente isso, o texto da Lei Fundamental. 2. Essas leis precisam ser aprovadas por dois terços dos membros do Parlamento Federal e dois terços dos votos do Conselho Federal.²³⁵

Atribuindo igualmente o *status* da supralegalidade, a Constituição da França, em seu Título VI, prevê “*Des Traitès et accords internatiounaux*”, em seu artigo 55: “ Os tratados ou acordos que forem devidamente ratificados ou aprovados têm, desde a sua publicação, uma autoridade superior à das leis, sujeita, para cada acordo ou tratado, à sua aplicação pela outra parte”.²³⁶ [tradução nossa]

A Constituição da Grécia inicia seu texto constitucional relacionando suas relações internacionais à forma de governo na seção 1, enaltecendo o respeito e proteção aos valores

²³³ Cf. PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*, 1974. VII Revisão Constitucional [2005].

²³⁴ Cf. ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha* (23 de maio de 1949).

²³⁵ *Ibidem*.

²³⁶ Cf. FRANÇA. *Constitution Française de 1958*. “Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.”

do ser humano como obrigação primária do Estado e reconhecendo, igualmente, as regras gerais de direito internacional:

1. O respeito e a proteção do valor do ser humano constituem as principais obrigações do Estado.
2. A Grécia, aderindo às regras geralmente reconhecidas do direito internacional, buscará o fortalecimento da paz e da justiça e a promoção de relações amigáveis entre os povos e os Estados.²³⁷ [tradução nossa]

E, nos moldes de Alemanha e França, confere também a hierarquia da supralegalidade aos tratados que versam sobre direitos humanos em seu artigo 28

1. As regras geralmente reconhecidas do direito internacional, bem como as convenções internacionais a partir do momento em que são sancionadas por estatuto e se tornam operacionais de acordo com suas respectivas condições, serão parte integrante da lei doméstica do direito Grego e prevalecerão sobre qualquer disposição contrária da lei. As regras do direito internacional e das convenções internacionais só serão aplicáveis aos estrangeiros sob a condição de reciprocidade.²³⁸

Cite-se como mais um exemplo, a Constituição da Espanha de 27 de dezembro de 1978, que prevê que as normas relativas aos direitos fundamentais previstos na Constituição devem ser interpretadas em consonância com a Convenção sobre direitos Humanos e tratados do gênero que forem ratificados pelo país:

Artigo 10 - 2. As regras relativas aos direitos e liberdades fundamentais reconhecidos pela Constituição serão interpretadas de acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os tratados e acordos internacionais sobre os mesmos assuntos ratificados pela Espanha.²³⁹ [tradução nossa]

²³⁷ Cf. GRÉCIA. *Constituição da Grécia - THE CONSTITUTION OF GREECE*. “1. Respect and protection of the value of the human being constitute the primary obligations of the State 2. Greece, adhering to the generally recognized rules of international law, pursuing the strengthening of peace and of justice, and the fostering of friendly relations between peoples and States”.

²³⁸ Ibid. “1. The generally recognised rules of international law, as well as international conventions as of the time they are sanctioned by statute and become operative according to their respective conditions, shall be an integral part of domestic Greek law and shall prevail over any contrary provision of the law. The rules of international law and of international conventions shall be applicable to aliens only under the condition of reciprocity”.

²³⁹ Cf. ESPANHA. *Constituição espanhola de 27 de dezembro de 1978*, de 23 de maio de 1949. “Artículo 10 - 2. Las normas relativas los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”

De observar-se, como mais um exemplo de abertura à ordem internacional, a Constituição da Itália, que em seu artigo 10 prevê que o ordenamento jurídico italiano se adequa às normas do direito internacional reconhecidas: “Art. 10. A ordem jurídica italiana está em conformidade com as normas geralmente reconhecidas pelo direito internacional”.²⁴⁰ [tradução nossa]

Entretanto, o referido fenômeno não é exclusividade da Europa.

Observe-se na América Latina, as adaptações pelas quais passaram algumas Constituições para acomodar à realidade doméstica o fenômeno transnacional, no mesmo sentido apontado: os direitos humanos fundamentais.

Destaque-se, inicialmente, a abertura da Constituição da Argentina, após a reforma constitucional de 1994, ao dispor, no art. 75, inciso 22, que, enquanto os tratados em geral têm hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, os tratados de proteção aos direitos humanos têm hierarquia constitucional complementando os direitos e garantias constitucionalmente reconhecidos, além de relacionar, textualmente, os demais tratados ratificados antes da reforma, o que evita que a Corte Constitucional tenha de decidir a este respeito, como ocorreu no caso brasileiro.²⁴¹ Além disso, adiciona que os tratados de direitos humanos só poderão ser denunciados pelo Poder Executivo mediante prévia autorização de dois terços da totalidade dos membros de cada Câmara do Legislativo, denotando uma reforma muito mais abrangente do que fora a brasileira, por ocasião da EC-45:

Artigo 75.- Compete ao Congresso:

[...]

22. Aprovar ou rejeitar tratados concluídos com outras nações e com organizações internacionais e concordatas com a Santa Sé. Os tratados e as concordatas têm uma hierarquia superior à das leis.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; a Declaração Universal dos Direitos Humanos; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos; o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e o seu Protocolo Facultativo; Convenção sobre Prevenção e Punição do Crime de Genocídio; Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Punições Cruéis, Desumanos ou Degradantes; a Convenção sobre os Direitos da Criança; nas condições de sua validade, eles têm uma hierarquia constitucional, não revogam qualquer artigo da primeira parte desta Constituição e devem ser entendidos como complementares aos direitos e garantias reconhecidos por ele. Eles só podem ser denunciados, quando apropriado, pelo Poder Executivo

²⁴⁰ Cf. ITÁLIA. *Constituição da República Italiana*, de 22 de dezembro de 1947. “Art. 10. L’ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute.”

²⁴¹ Conferir Capítulo 2, na Parte II deste trabalho.

nacional, com a aprovação prévia de dois terços de todos os membros de cada Câmara. Os outros tratados e convenções sobre direitos humanos, depois de aprovados pelo Congresso, exigirão o voto de dois terços da totalidade dos membros de cada Câmara para desfrutar da hierarquia constitucional.

24. Aprovar os tratados de integração que delegam a concorrência e a jurisdição para organizações supranacionais em condições de reciprocidade e igualdade e que respeitem a ordem democrática e os direitos humanos. As regras ditadas em sua decorrência têm uma hierarquia superior à das leis.²⁴² [tradução nossa]

A Constituição Política da Colômbia, reformando também o seu texto (art.93) acomoda o Estatuto de Roma e traça outras diretrizes, por exemplo, submetendo a interpretação dos direitos firmados pela própria Constituição, aos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos e conferindo hierarquia especial para este tipo de tratado, além de determinar sua prevalência na ordem interna e que os direitos humanos constitucionalmente consagrados serão interpretados em conformidade com os tratados de direitos humanos ratificados pelo país: “Os direitos e deveres consagrados nesta Carta serão interpretados de acordo com os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pela Colômbia.”²⁴³

²⁴² Cf. ARGENTINA. *Constitucion Nacional Argentina*. “Artículo 75.- Corresponde al Congreso: [...] 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional. 24. Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad y igualdad y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.”

²⁴³ ARTICULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.
* Modificado por el Acto Legislativo 2/2001. Fueron agregados incisos 3º y 4º. COLÓMBIA. Constitución Política de Colombia – 1991.

A atual Constituição do Peru de 1993, em suas disposições finais e transitórias, consagra que os direitos constitucionalmente reconhecidos devem ser interpretados em conformidade com a Declaração Universal de Direitos Humanos e com os tratados de direitos humanos ratificados pelo Peru:

Quarta.- Interpretación dos direitos fundamentais

As normas relativas aos direitos e liberdades que a Constituição reconhece são interpretadas de acordo com a Declaração Universal de Direitos Humanos e tratados internacionais e acordos sobre os mesmos assuntos ratificados pelo Peru.²⁴⁴ [tradução nossa]

No mesmo sentido, a Constituição da Bolívia de 2009, em seu artigo 13, inciso IV, onde trata acerca dos direitos fundamentais e garantias, enuncia como disposições gerais, que os tratados internacionais de direitos humanos prevalecem na ordem interna, adicionando que os direitos consagrados na Constituição devem ser interpretados em conformidade com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado:

Os tratados e convenções internacionais ratificados pela Assembleia Legislativa Plurinacional, que reconhecem os direitos humanos e proíbem sua limitação nos estados de exceção, prevalecem na ordem interna. Os direitos e deveres consagrados nesta Constituição devem ser interpretados de acordo com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pela Bolívia.²⁴⁵ [tradução nossa]

Acerca de tais comparações, PIOVESAN chama atenção também para a Constituição do Chile de 1980, que, em decorrência de reforma constitucional em 1989, passou a consagrar o dever dos órgãos do Estado de respeitar e promover os direitos garantidos pelos tratados internacionais ratificados por aquele país, bem como, a

²⁴⁴ Cf. PERÚ. *Constitución Política del Peru de 1993*. “Cuarta.- Interpretación de los derechos fundamentales Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú,” Além disso, aponta a doutrina especializada que em decisão proferida em 2005 pelo Tribunal Constitucional do Peru, endossou-se a hierarquia constitucional dos tratados internacional de proteção dos direitos humanos, adicionando que os direitos humanos enunciados nos tratados conformam a ordem jurídica e vinculam os poderes públicos. Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito Constitucional Internacional*, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 148.

²⁴⁵ Cf. BOLÍVIA. *Constitución Política del Estado (CPE) (7-Febrero-2009)*. “Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia.”

Constituição do Equador de 2008 que estabelece a observação do princípio “*pro ser humano*”, de não restrição de direitos e de aplicabilidade direta de uma cláusula aberta, no que se refere aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado. Destacando ainda, a autora, que exatamente este contexto marca a tendência da Constituição brasileira de 1988, que insere a importante inovação no art. 5º, § 2º, ao estatuir que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros, decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, o que significaria, que a Constituição de 1988 passou a incorporar os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos ao universo dos direitos constitucionalmente consagrados.²⁴⁶

Entretanto, conforme se demonstrará em capítulo próprio, na parte II deste trabalho, não foi este o caminho percorrido pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro e por parte da doutrina. Além do mais, a reforma constitucional que se sucedeu neste sentido, veio, em verdade, apontar caminho diverso, isto é, o acréscimo do § 3º ao artigo 5º da Constituição brasileira de 1988, por ocasião da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, reforça a natureza infraconstitucional dos tratados sobre direitos humanos, salvo se percorrerem um determinado *iter* que pode ensejar o *status* constitucional, o que por sua vez, fortalece a tese dualista. Seja como for, não se coadunam com o prescrito no § 2º do mesmo artigo 5º, apesar de marcar, igualmente, a abertura da Constituição à ordem internacional.

Como já se entreviu, o Estado brasileiro não fica de fora destas tendências de abertura da Constituição, razão pela qual, uma das novidades da Emenda Constitucional 45/2004, foi justamente o acréscimo do §4º ao artigo 5.º de nossa Magna Carta, com a conhecida redação de que “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”²⁴⁷

Além do destaque especial que este trabalho fará ao § 3º do mesmo artigo 5º, que passa a admitir que os tratados internacionais sobre direitos humanos, que forem aprovados pelo *quórum* de Emenda Constitucional serão equivalentes a normas constitucionais. Destaque-se, igualmente, por ocasião da mesma reforma aludida, a criação de um incidente de deslocamento de competência da Justiça Estadual comum, para a Justiça Federal, nos casos de grave violação de direitos humanos, com a finalidade de assegurar o cumprimento

²⁴⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito Constitucional Internacional*, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 150-151. Cf. Parte 2, capítulo 2, item 2.1.2 deste trabalho, notadamente no que diz respeito a posições contrárias a este entendimento.

²⁴⁷ Adesão esta concretizada antes da referida Emenda Constitucional. Cf. o Decreto n.4.388, de 25-9-2002.

de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte – art. 109, § 5º.²⁴⁸

Por tudo o que se disse, fica evidente que a abertura das Constituições encontram uma via de acesso rápido se o tema versar sobre direitos humanos.

Nesse sentido, aponta CARVALHO RAMOS que os direitos humanos, no plano internacional, podem ser definidos como sendo o conjunto mínimo de direitos considerado essencial para uma vida pautada na liberdade, igualdade e dignidade, e que ainda se beneficiam de garantias internacionais institucionalizadas.²⁴⁹ Valores estes perseguidos pelo próprio desenvolvimento do constitucionalismo, mas que agora interagem, provocando uma constitucionalização do direito internacional e uma internacionalização do direito constitucional, conforme já se demonstrou.

Não há dúvidas de que um passo importante nesta proteção internacional dos direitos fundamentais foi dado em 1998, com o estabelecimento do Tribunal Penal Internacional, por meio do Estatuto de Roma. A este respeito, PIOVESAN afirma que se pode concluir que, até a aprovação do Estatuto do TPI, o sistema global de proteção só compreendia atividades de promoção e de controle dos direitos humanos, não dispendo de um aparato de garantia desses direitos.²⁵⁰

O Brasil insere esta novidade, e passa a fazer parte, justamente reformando seu texto constitucional por meio da Emenda Constitucional 45/2004, através do acréscimo do §4º ao artigo 5.º de nossa Magna Carta, com a conhecida redação de que “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.”²⁵¹

Pontos positivos e negativos ficam à disposição da análise de quem pretende compreender o assunto. Observando-se as limitações do presente trabalho, além da impossibilidade de se abordar todas as nuances que envolvem o tema da abertura internacional, mas apenas para se ter como exemplo como a adesão a tratados internacionais sem a devida adaptação ao texto maior pode gerar diversas indagações, apontamos alguns questionamentos mais protusos.

Primeiramente, o Estatuto de Roma funciona pelo princípio da complementariedade, atuando assim, quando o país não tenha condições de resolver o ilícito.

²⁴⁸ BRASIL. Constituição, 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Cf. Parte III, capítulo 1, item 1.4, deste trabalho.

²⁴⁹ CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

²⁵⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito Constitucional Internacional*, op. cit., p.303-304.

²⁵¹ Cf. BRASIL. Decreto n.4.388, de 25-9-2002.

Tomando como exemplo o princípio da prescritibilidade dos crimes, o Brasil parece ter adotado um princípio de prescritibilidade geral, excetuando a esta regra, e por meio da Constituição, por óbvio, apenas os crimes de “prática de racismo” e o de “ação de grupos armados civis ou militares contra o Estado Democráticos de Direito e a Ordem Constitucional” (artigo 5.º, XLII e XLIV). Logo, os demais crimes prescrevem em nosso país – *inclusio unius alterius est exclusio* (o que não está incluído encontra-se excluído).²⁵² De se notar, também, que o Brasil não ratificou a convenção que tratava da Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade (Genocídio e demais crimes contra a humanidade). Entretanto, tais crimes que interessam à ordem internacional, encontram-se previstos no Estatuto de Roma, ratificado pelo Brasil, e com previsão de Imprescritibilidade em seu artigo 29.²⁵³

Resta compreender se o referido Estatuto “modifica” a Constituição brasileira, piorando, em tese, a situação de eventual acusado nesses delitos, e, conseqüentemente infringindo outros princípios da Magna Carta brasileira em detrimento desta interpretação, mas por outro lado se respeitaria a ordem internacional, ou, se prevalece a ordem Constitucional interna, em respeito as opções, inclusive, do Poder Constituinte Originário, ou, se esta postura, não poderia levar ao entendimento de “falta de condições para se resolver o ilícito” e suas conseqüências.

Em que pese opiniões em contrário,²⁵⁴ parece-nos melhor a compreensão de que há, neste caso, uma barreira intransponível, devendo prevalecer a Constituição da República Federativa do Brasil.

Em segundo lugar, lê-se no Preâmbulo do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, que “Os Estados Partes no presente Estatuto, conscientes de que todos os povos estão unidos por laços comuns e de que suas culturas foram construídas sobre uma herança que partilham [...]”. Questionamos o quanto nossas heranças culturais se assemelham aos países signatários do referido tratado, para uma infiltração do Direito Internacional na Ordem Constitucional Interna, também nesta seara. Em se procedendo um depósito de cada lado da balança, onde em um lado conste os laços comuns e toda herança cultural mencionada e de outro, as diferenças, o quanto sobraria de semelhanças em relação a países como Trinidad e Tobago, Uzbequistão, Tanzânia, Grécia, Gana, Chipre, Afeganistão

²⁵² André Estefam, *Direito Penal*, vol.1, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 513.

²⁵³ *In verbis*: Artigo 29. Imprescritibilidade. Os crimes de competência do Tribunal não prescrevem. Cf. o Decreto n.4.388, de 25-9-2002.

²⁵⁴ Cf. Luiz Carlos Betanho e Marcos Zili, *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 8ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.558-559.

e todos os demais que ratificaram o referido Tratado? Ao passo que, por exemplo, os Estados Unidos, país de onde buscamos inspirações constitucionais desde o início de nossa República, alegaram não terem obrigações legais em relação ao Estatuto de Roma.

Não se trata de traçar uma visão pessimista a respeito do que fora exposto até aqui, muito mais espera-se transparecer apenas uma aflição que a abertura internacional traz consigo, do que um negativismo, acerca de tais apontamentos.

Embora o discurso se trate da universalização dos direitos fundamentais de índole ideológica louvável, de união dos povos, muitas vezes parece que a disposição em aderir à normas internacionais, por parte de uma nação modelo, como o já citado Estados Unidos, é mais tímida. E dentre os argumentos para tanto, urge ressaltar a salvaguarda da Constituição e a consequente manutenção da soberania:

No centro do pensamento deles está o edifício da soberania. A soberania, nesta concepção, apela à América para resistir à incorporação de normas internacionais e protege o poder de assim agir sob o manto da legitimidade constitucional. "Porque os Estados Unidos são totalmente soberanos", afirma Jeremy Rabkin, Professor de ciência política na Universidade de Cornell, "pode determinar por si próprio o que a Constituição exigirá. E a Constituição necessariamente exige que a soberania seja salvaguardada para que a própria Constituição esteja segura."²⁵⁵ [tradução nossa]

Este “anti-internacionalismo” tradicional da política estadunidense, faz com que os Estados Unidos da América deixem de se comprometer em temas como meio ambiente, crimes de guerra, direitos humanos e outras questões globais, não impedindo, é bem verdade, sua adesão às questões que lhe mostrem conveniente, como se construíssem uma espécie de Direito Internacional “à la carte”.²⁵⁶

²⁵⁵ Peter J. Spiro. *The New Sovereignists: American Exceptionalism and Its False Prophets*. Published by the Council on Foreign Relations. “At the center of their thinking stands the edifice of sovereignty. Sovereignty, in this conception, calls for America to resist the incorporation of international norms and drapes the power to do so in the mantle of constitutional legitimacy. “Because the United States is fully sovereign,” claims Jeremy Rabkin, a professor of political science at Cornell University, “it can determine for itself what its Constitution will require. And the Constitution necessarily requires that sovereignty be safeguarded so that the Constitution itself can be secure.”

²⁵⁶ Ibid. “This brand of anti-internationalism runs deep in the American political tradition, as any casual student of history knows, and its persistence is to be expected. More surprising is the respectability that the movement is winning among academics and policy analysts. During the Cold War, it was too closely identified with crude conspiracy theories and the isolationist legacy of the Versailles Treaty to attract serious support among policy elites. That has now changed: anti-internationalism claims a growing intellectual following. This group of academics – many of whom are highly credentialed and attached to prestigious institutions or conservative Washington think tanks – has developed a coherent blueprint for defending American institutions against the alleged encroachment of international ones. This school does not oppose international engagement per se and thus cannot be classified simply as isolationist. Rather, it holds that the United States can pick and choose the international conventions and laws that serve its purpose and reject those that do not. Call it international law “la carte”.

A amplitude do estudo é tamanha que questionamentos de ordem econômica poderiam ser respondida por especialistas, a saber, se quanto maior dependência econômica certos países geram, maior a independência para não se globalizarem legalmente em determinados pontos.

De qualquer forma, fica evidenciado, neste momento histórico, a preocupação do Constituinte derivado em fazer mudanças no texto Constitucional para acomodar tratados internacionais à realidade doméstica, o efeito pós-Guerra, que gerou esta tendência de se consagrar direitos a nível internacional firmando tratados, especialmente os que versem sobre direitos humanos fundamentais, sendo o fenômeno visto, por parte da doutrina, como uma tendência de apropriação dos direitos fundamentais,²⁵⁷ pelo Direito Internacional, tendo como possível consequência o reconhecimento de um direito que se pretenda superior às Constituições, o que poderia importar em não mais a Constituição ser vista, em termos absolutos, como a lei suprema, o que poderia vir a enfraquecer a Ordem Constitucional interna de cada país tendo como fator fragilizante desta afetação a representatividade dessas decisões, na medida em que, as decisões tomadas a nível internacional são mais burocráticas, o que geraria um déficit democrático.²⁵⁸

Analisando a questão, LEWANDOWSKI pondera que:

No caso da União europeia, embora a legitimidade de suas ações provenha do consentimento dos Estados-membros, identifica-se nela um *déficit democrático*. Em outras palavras, a EU não foi criada por um *povo europeu*, ainda que exista uma cidadania da União. Falta-lhe, de resto a *competência das competências*, ou seja, a capacidade originária de alterar ou alargar o seu âmbito de competências, que é própria do poder soberano. É possível que, no futuro, ela evolua para uma federação, mas não antes de passar por uma assembleia constituinte, cujos poderes derivarão necessariamente da vontade popular.²⁵⁹

²⁵⁷ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios Fundamentais do Direito Constitucional*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

²⁵⁸ Neste sentido LIMA, José Antonio Farah Lopes de. *Constituição europeia e soberania nacional*, op. cit., p. 325. Ou ainda: “No livro sobre a democracia representativa, publicado poucos anos após o ensaio sobre a liberdade, põe-se o clássico problema da melhor forma de governo e responde que ela é, precisamente, a democracia representativa que constitui, ao menos nos países com um certo grau de civilização, o prosseguimento natural de um Estado desejoso de assegurar aos seus cidadãos o máximo de liberdade”. Cf. Norberto Bobbio. *Liberalismo e Democracia*, 11ª reimpr., 6ª ed. Editora Brasiliense: São Paulo, 1994, p. 68

²⁵⁹ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização e Soberania*, op. cit., p. 297.

Em seu texto, *Os sistemas políticos democráticos nos países avançados: êxitos e desafios*, Robert Dahl coloca, justamente como desafio, esta questão do déficit democrático das importantes decisões que são tomadas no âmbito das organizações internacionais: “Aunque las organizaciones internacionales se han convertido en el lugar donde se toman importantes decisiones, y lo serán sin duda aún más en el futuro, tales organizaciones no son gobernadas democráticamente y probablemente nunca lo serán. En cambio, continuarán siendo gobernadas, creo yo, principalmente por negociaciones entre élites burocráticas y políticas operando dentro de los vastos límites impuestos por tratados y acuerdos internacionales. Así es que plantean una pregunta crucial, de doble filo: ¿pueden ser transformadas en democráticas, o al menos, en más democráticas? Y para el caso de que no

Por outro lado, a depender do nível da maturidade política dos povos e do curso, sempre imprevisível da história, este cenário de coisas pode dar ensejo a um Direito Constitucional Universal e um novo aspecto da democracia, a ser pensado, estando a tecnologia à disposição para isto.

Assim, o Direito Constitucional Global parece ser algo inevitável para alguns,²⁶⁰ seja pelo surgimento de normas universais sobre direitos humanos com possibilidades cada vez menor de divergência de decisão local, além da questão judicial das Cortes Supremas, na expressão:

Ainda, o século XXI pode muito bem ver uma convergência entre os sistemas constitucionais, provocada em parte pelo surgimento de normas universais de direitos humanos internacionais e uma diminuição gradual do tamanho da margem de apreciação para a variação local e, em parte, pelas trocas entre juízes de cortes constitucionais.²⁶¹ [tradução nossa]

Na lição de CANOTILHO “A abertura internacional pressuporá, indissolúvelmente, a abertura da constituição que deixa de ter a pretensão de fornecer um esquema regulativo exclusivo e totalizante assente num poder estatal soberano para aceitar os quadros ordenadores da comunidade internacional”.²⁶²

Todos estes caminhos possíveis, podem não ferir a soberania dos Estados, mas ao contrário, fortalece-la, na medida que estes obtêm o reconhecimento de toda a comunidade internacional de suas atitudes democráticas consubstanciadas no reconhecimento e sua efetiva participação do sistema global de proteção e defesa dos direitos humanos fundamentais.

Tanto é assim que, ao mesmo tempo em que VITAL MOREIRA afirma que pela primeira vez na história o Constitucionalismo vê contestada a supremacia da Constituição como lei fundamental, dentro da ordem jurídica do próprio Estado que ela mesma

puedan serlo, ¿cómo obligarlas a ser suficientemente responsables, para que sus procesos de toma de decisiones sean consecuentes con los valores democráticos básicos –notablemente, con la igualdad política?” Cf. Dahl, Robert. *Los sistemas políticos democráticos en los países avanzados: éxitos y desafíos. En libro: Nueva Hegemonía Mundial. Alternativas de cambio y movimientos sociales.* Atilio A. Boron (compilador). CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Buenos Aires, Argentina. 2004. p. 208.

²⁶⁰ Cf. TUCHNET, Mark. *Comparative Constitutional Law*, in REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford Handbook of COMPARATIVE LAW*. Oxford University Press., p.1225 a 1257.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 1256. “Still, the twenty-first century might well see a convergence among constitutionalist systems, prodded in part by the emergence of universal norms of international human rights and a gradual decrease in the size of the margin of appreciation for local variation, and in part by exchanges among constitutional court judges.”

²⁶² CANOTILHO, J.J. Gomes. *DIREITO CONSTITUCIONAL e Teoria da Constituição*, op. cit., p.369.

constitui,²⁶³ reconhece que a legitimidade das Constituições começou a ser aferida pelo respeito destes *standards* internacionais:

No início, o **poder constituinte** era a tradução da soberania inteira da nação. Em princípio, ela não conhecia limites na ordem externa. A era constitucional é a era do Estado Nacional, desvinculado desde o século XVII, com a Paz de Vestfália (1648), das contribuições da Igreja e do Império. No modelo vestfaliano o Estado não conhece externamente senão as limitações que ele próprio aceita através de convenções internacionais. A **soberania** do Estado replicava-se na soberania constituinte. A principal expressão da soberania nacional é justamente a capacidade de um Estado para se dotar, com total autonomia, da sua própria Constituição. À Centralidade do Estado na ordem política corresponde a *centralidade da Constituição nacional na ordem normativa*.

Hoje, porem, é sabido como as coisas mudaram nesse aspecto. O direito internacional ampliou-se para além das convenções internacionais. Existe agora um *jus cogens*, que vincula directamente os Estados, independentemente da sua adesão ou consentimento. Desde a **II Guerra Mundial** foi crescendo a ideia de *standards* mínimos inerentes ao Constitucionalismo democrático, sobretudo em matéria de direitos e liberdades fundamentais. A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, os Pactos das Nações Unidas sobre Direitos Fundamentais de 1966, a Convenção Europeia de Direitos do Homem, de 1950, foram-se progressivamente transformando em *património constitucional comum*, que as constituições nacionais deveriam incorporar e respeitar.²⁶⁴ [negrito nosso]

Com isto, a autonomia constitucional dos Estados viu-se correspondentemente condicionada.

Como ponderam ACCIOLY, NASCIMENTO e CASELLA, o direito internacional pós-moderno pode durar na medida em que se faça no tempo e no contexto nos quais se inscreve sem ser totalmente do tempo e do contexto no qual surja e se faça. Como toda obra humana, aliás, dentro de condições humanamente possíveis, pois a construção de forma de vida se faz à escala humana. As mutações, inclusive de ordem internacional, por meio das sociedades como conjuntos dinâmicos, não se farão pela ação dos aparatos estatais tradicionais, nem tampouco pela obra e ação dos indivíduos, mas as forças da história nem sempre estão claramente apontadas, nem terão as suas ações determinadas por rumos

²⁶³ MOREIRA, Vital. *O futuro da Constituição*. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago, (organizadores). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 330.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 328.

transcendentes. Mutações no contexto internacional podem parecer igualmente surpreendentes, não somente para Estados, mas igualmente para os indivíduos.²⁶⁵

Acerca de tais razões, vê-se surgir uma nova força jurídica de intento global, a qual não se justifica mais apenas por meio das noções clássicas de *poder constituinte* dos Estados, soberania, o que historicamente ensejou abusos. Entretanto, como ficou evidente, não significa, igualmente o abandono de tais noções, mas apenas a releitura destes conceitos que compõem nosso “patrimônio constitucional”.²⁶⁶

Neste âmbito de relações, enxergamos o fortalecimento do Direito Constitucional como um conceito limite neste processo de integração, como o responsável a garantir a primeira e mais próxima tutela dos direitos humanos fundamentais, que recebe sua legitimidade não só do *povo* do seu Estado nacional, mas agora, de toda a comunidade internacional, o que pode representar, igualmente, uma nova releitura no conceito e noção, por exemplo, de *povo* e *soberania*, como ocorreu no passado [Deus, Monarca, Estado/Nação] que vive e interage numa comunidade global e pretende-se democrática.

Nesse quadro de figuras, resta saber “até onde é que as exigências do novo “Constitucionalismo humanitário” podem limitar a soberania constitucional dos Estados”,²⁶⁷ nesta organização de Constituições tidas como *pós-soberanas*,²⁶⁸ o que pode dar ensejo a uma futura comunidade Global a ser paulatinamente melhor estruturada conforme seus próprios princípios se desenvolvem, fortalecem e obtêm concordâncias, como medida e condição de sobrevivência pacífica e digna nesta Terra.

Neste sentido, FERREIRA FILHO, ainda em seu *Curso de Direito Constitucional*, ao analisar a ordem internacional, sua tendência integradora com amplitude inédita e comparar as tentativas das formações de blocos às confederações do passado, escreve:

Na verdade, as Confederações históricas representam um estágio transitório na formação de novos Estados a partir de antigos Estados soberanos, sempre que um mínimo de cultura e de interesse comuns estavam à sua base. É possível supor, assim, que da ONU resulte a longo prazo o Estado mundial.²⁶⁹

²⁶⁵ ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*, op. cit., p.952-953.

²⁶⁶ MOREIRA, Vital. *O futuro da Constituição*. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago, (organizadores). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, op. cit., p. 327.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 329.

²⁶⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *DIREITO CONSTITUCIONAL e Teoria da Constituição*, op. cit., p.369.

²⁶⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 38ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 78

Na verdade, parece-nos que o passar dos séculos inflam o constitucionalismo, ou seja, este ganha cada vez mais terreno, pois nasce para garantir a proteção do indivíduo contra o Estado num primeiro momento, por ocasião das revoluções setecentistas, para se tornar, depois, Constituição econômica, Constituição social etc., e atualmente a possibilidade de se tornar uma Constituição internacional.

Do futuro da Constituição parece mais fácil dizer que nada há que temer, mesmo se não são poucos os desafios e as interrogações. A era constitucional veio para ficar.²⁷⁰

O desafio, tanto para o Direito Constitucional quanto para o Direito Internacional, é dar-lhe efetividade, sem nunca mais perder de vista, o ser humano.

2.3 O PROCESSO DE REDEMOCRATIZAÇÃO DO BRASIL: A CONSTITUIÇÃO DE 1988

É preciso que se observe que, devido à estrutura do presente trabalho, a Constituição Brasileira de 1988 é analisada com enfoques diferentes, em momentos diferentes. Assim, faz-se a análise da abertura da atual Constituição no que diz respeito a internacionalização do direito produzida pela reforma constituinte no item 2.2.3 desta parte primeira, por razão da temática lá tratada, assim como analisa-se o art. 5º, § 2º, quando a preocupação é descrever os tratados internacionais sobre direitos humanos no item 2.2.2, da Parte Segunda, Capítulo dois.

Neste momento, objetiva-se analisar que o processo de redemocratização do país trouxe consigo, notadamente no que tange ao artigo 4º da Constituição, uma nova perspectiva para o Brasil nas suas relações internacionais, o que diretamente influi na incorporação de tratados internacionais à Constituição Brasileira.

Após o período de vinte anos de regime militar no país estabelecido entre 1964 a 1985, deflagrou-se o processo de democratização do país.²⁷¹

A este respeito, leciona AFONSO DA SILVA:

²⁷⁰ MOREIRA, Vital. *O futuro da Constituição*. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago, (organizadores). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, op. cit., p.335.

²⁷¹ “O período de transição da ditadura militar instalada em 1964 para a Nova República foi, certamente, o mais doloroso de todos quantos a história marcou em nosso País”. Cf. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE Paes de. *História Constitucional do Brasil*, op. cit., p.444.

A luta pela normalização democrática e pela conquista do Estado de Direito Democrático começara assim que instalou o golpe de 1964 e especialmente após o AI 5, que foi o instrumento mais autoritário da história política do Brasil. Tomara, porém, as ruas, a partir da eleição de Governadores em 1982. Intensificara-se, quando, no início de 1984, as multidões acorreram entusiásticas e ordeiras aos comícios em prol da eleição direta do Presidente da República, interpretando o sentimento da Nação, em busca do reequilíbrio da vida nacional, que só poderia consubstanciar-se numa nova ordem constitucional que refizesse o pacto político-social.²⁷²

Ao descrever as expectativas desse momento histórico para o Brasil, FERREIRA FILHO observa que vale a pena lembrar que a elaboração da atual Constituição, como ponto de consolidação da “abertura”, iniciada pelo Governo Geisel ao dar fim aos poderes extraordinários conferidos ao Presidente da República por força do AI 5, se fez num clima inusitado de otimismo e esperança, pois, da nova Constituição não se esperava apenas uma nova base democrática para a ordem jurídica, mas muito além, que ela solucionasse todos os problemas nacionais, bastando, para tanto, ler o prefácio de Ulysses Guimarães à edição feita pelo Senado do texto constitucional para apreciar o que se aguardava da ‘Constituição Cidadã’.²⁷³

Acabou por assim ser apelidada a Constituição brasileira de 1988, pois em sua elaboração teve ampla participação popular e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania.²⁷⁴

Como a história não “se faz” do dia para noite, todos os eventos determinantes que marcam o momento anterior à Constituição de 1988, nele compreendidos a extinção do AI 5, a eleição de Tancredo e a abertura da Constituinte, entendemos que o marco deste momento de redemocratização ocorre com a promulgação da Constituição, aos 5 de outubro de 1988.

No aspecto da relação do país com o direito internacional, Celso Bastos e Ives G. Martins observam que o nosso direito anterior era silente sobre a exata inserção do Brasil no contexto do direito internacional, o que acabou por resultar em uma posição muito retrógrada diante do problema, visto que nenhuma sorte de concessão fazia à emergência desta nova realidade internacional e da possibilidade de as normas componentes do direito

²⁷² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 78-79.

²⁷³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo*, 2ª ed. São Paulo, Saraiva: 2009, p. 129.

²⁷⁴ Nesse sentido, cf.: SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, op. cit., p. 80.

internacional, de alguma forma, em grau pequeno que fosse, comporem a ordem jurídica interna.²⁷⁵

Por esta razão, na visão de PIOVESAN, portanto, o art. 4º da Constituição simboliza a reinserção do Brasil na arena internacional, pois, até então, as Constituições anteriores à de 1988, ao estabelecer tratamento jurídico às relações internacionais, limitavam-se a assegurar os valores da independência e soberania do País – tema básico da Constituição imperial de 1824 – ou se restringiam a proibir a guerra de conquista e a estimular a arbitragem internacional – Constituições republicanas de 1891 e de 1934 –, ou se atinham a prever a possibilidade de aquisição de território, de acordo com o Direito Internacional Público – Constituições de 1946 e de 1967.²⁷⁶

Ao fazer ampla análise do artigo 4º da Constituição brasileira, sobre seus princípios de relações internacionais, FERREIRA FILHO pondera que, é visivelmente ambíguo este dispositivo constitucional que reflete inspirações nitidamente divergentes, pois, por um lado, existe uma orientação nacionalista que se apega às ideias de independência nacional (item I), de não-intervenção (item IV), de igualdade entre os Estados (item V), mas, por outro lado, há uma linha internacionalista que se traduz na ideia de que o Brasil nas suas relações internacionais deverá reger-se pela prevalência dos direitos humanos (item II), da autodeterminação dos povos (item III) e do repúdio ao terrorismo e ao racismo (item VIII).²⁷⁷

Além disso, o texto também consagraria ideais de aplauso universal, como a defesa da paz (item VI) ou da solução pacífica dos conflitos (item VII), além da concessão de asilo político.²⁷⁸

Por outro lado, CELSO LAFER pontua que o papel dos princípios permeia a exegese da Constituição de 1988, daí a relevância do método de ponderação,²⁷⁹ mas o art. 4º

²⁷⁵ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 450.

²⁷⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito Constitucional Internacional*, op. cit., p. 99-100.

²⁷⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2ª ed., vol.1 – Arts. 1º a 103. São Paulo: Saraiva, 1997, p.21.

²⁷⁸ Ibid.

²⁷⁹ A este respeito, os comentários do mesmo autor: Da análise e das considerações expostas concluo que o método de ponderação, na interpretação e aplicação dos princípios do art. 4º, tem, além de sua dimensão jurídica, uma nítida dimensão política que o diferencia de outros princípios gerais positivados pela Constituição de 1988. Com efeito, os preceitos do art. 4º referem-se à realidade internacional e não à ordem interna. Por isso, na sua aplicação, é necessário ter sempre presente o ângulo externo, ou seja, os fatos e valores presentes em cada situação concreta, em função da descentralização do poder no sistema internacional, que torna a correspondência entre as normas e a realidade internacional sempre problemática”. Cf. LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*, Barueri, SP: Manole, 2005, p. 28.

teria a especificidade de associar o juízo jurídico ao juízo diplomático, posto que os princípios nele contemplados tratam da conduta do Brasil na vida internacional.²⁸⁰

Vale relembrar à esta altura, a tradicional lição de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, acerca da relevância dos princípios:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.²⁸¹

Para CRETILLA JUNIOR, os direitos humanos deverão estar em primeiro plano e devem prevalecer; sendo assim, tendo o país saído de um regime forte, os constituintes, no Estado de Direito implantado, ressaltaram que o Brasil fundamentará suas relações internacionais nos princípios da independência nacional, com a prevalência dos direitos humanos, logo, o Brasil tomará posição contra os Estados em que os direitos humanos sejam desrespeitados.²⁸²

Na lição de CELSO LAFER, neste ponto, ao analisar o art.4º, II da Constituição Brasileira, e seu alcance, observa o princípio da prevalência dos direitos humanos na condução das relações internacionais do Brasil, afirmando que, essa diretriz assinala, politicamente, a passagem do regime autoritário para o estado democrático de direito,

²⁸⁰ Ibidem, p. 1.

²⁸¹ BANDEIRA MELLO, Celso Antônio. *Elementos de direito administrativo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 230. De se ressaltar a observação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, sobre ser a Constituição Brasileira de 1988, mais normativa ou mais principiológica: “Esquecidos da tese de que seria uma constituição dirigente, que muitos dos neoconstitucionalistas até há pouco sustentavam, hoje veem nela o modelo de uma constituição pós-moderna, uma constituição de princípios que prevalecem sobre as regras, uma constituição principiológica. Ora, já foi demonstrado cabalmente que, no texto de 1988, predominam regras e não princípios [faz a seguinte citação: Quanto a isso, é esmagadora a lição de Humberto Ávila, 2009:187 e segs.]. Seria ela, no máximo – e a observação é minha –, uma constituição aberta, no sentido que Canotilho (1998:1033) dá à expressão”. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 250, p. 151-167, jan. 2009, p. 156. ISSN 2238-5177. Para Luís Roberto BARROSO: “Princípios fundamentais são aqueles que contêm as decisões políticas estruturais do Estado, no sentido que a elas emprega Carl Schmitt. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 288.

²⁸² CRETILLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2ª ed., v. 1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 172. Neste mesmo sentido afirma Arthur de Castilho Neto: “A prevalência dos direitos humanos, além de ser uma petição de princípios, derivada, inclusive, de compromissos que o Brasil firmou na esfera internacional, representa aguda reação a um período de instabilidade e de excessos que acabou com a transição democrática e que gerou a instalação da Assembleia Nacional Constituinte”. Cf. CASTILHO NETO, Arthur de. *A revisão constitucional e as relações internacionais*. Revista da Procuradoria-Geral da República: São Paulo, 1993, p. 65.

institucionalizado pela Constituição de 1988, que consagra a perspectiva *ex parte populi* dos direitos humanos, como princípio de convivência coletiva, tanto no plano interno quanto no internacional. Além disso, o desdobramento diplomático do inc. II do art. 4º, vem se traduzindo numa política jurídica exterior de Estado, e não de governos, em prol da participação brasileira nos tratados de direitos humanos, o que, na Constituição de 1988, coerentemente converge com o regime jurídico interno dos direitos humanos, e, esta convergência entre o “externo” e o “interno”, em matéria de direitos humanos, estaria explicitamente lastreada na *vis directiva* do § 2º do art. 5º.²⁸³

Quando se trata, portanto, de princípios constitucionais a reger o Brasil nas relações internacionais, a Carta de 1988 é a primeira Constituição brasileira a elencar o princípio da prevalência dos direitos humanos, como princípio fundamental a reger o Estado nas relações internacionais.²⁸⁴

Esta inovação da Constituição Brasileira de 1988, além de realçar uma orientação internacionalista jamais vista na histórica constitucional brasileira,²⁸⁵ representa, também, a abertura da ordem jurídica interna, nos moldes do que já se demonstrou no tópico anterior, ao se orientar internacionalmente pelo princípio da prevalência dos direitos humanos, pois

²⁸³ LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos*, op. cit., p.2.

²⁸⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito Constitucional Internacional*, op. cit., p. 99.

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 101. Embora seja inovador o texto, há na doutrina ponderações quanto ao mesmo: “O processo de revisão constitucional, mesmo não se tendo prestado a alterações no art. 4º da Carta Federal, possibilitou a identificação de questões de grande relevância e atualidade relacionadas com os princípios balizadores das relações exteriores do Brasil. O debate em torno da matéria, embora ainda um pouco incipiente, parece apontar para a manutenção dos dispositivos atualmente consagrados, mas, também, para a possível incorporação ao texto constitucional, por via de emenda e em um futuro não muito distante, do tratamento de dois temas que guardam entre si profunda relação. O primeiro deles diz respeito à questão da soberania do País em face do incremento de sistemas de integração global e regional. O segundo versa sobre a vigência das normas de Direito Internacional Público no plano do ordenamento jurídico interno”. Cf. DALLARI, Pedro. *Constituição e relações exteriores*, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 199-200. Analisando o contexto supraconstitucional, Gilmar Ferreira Mendes salienta: “Recordo-me aqui da tentativa de solução ocorrida no processo de revisão constitucional em 1994. Uma emenda constitucional destinou-se a acrescentar dois novos parágrafos ao artigo 4º da Constituição para possibilitar que as diretivas e decisões tomadas por organismos internacionais passassem a ter vigência imediata sob o *status* de direito supranacional. Isto é, independentemente do mecanismo tradicional da recepção”. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *A Justiça Constitucional nos contextos supranacionais*, p. 254-255, In: NEVES, Marcelo (coord.) – *Transconstitucionalidade do Direito: Novas Perspectivas dos Conflitos entre Ordens Jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. Pedro Dallari observa que, a princípio a proposta tinha três parágrafos, mas o parecer definitivo do Deputado Nelson Jobim foi, portanto, no sentido da rejeição das propostas revisionais alusivas ao art. 4º da Constituição, registrando-se posição favorável tão-somente com a seguinte redação: “O art. 4º da Constituição Federal fica acrescido de dois parágrafos, passando o atual parágrafo único a se constituir no §3º, com a seguinte redação: ‘Art. 4º [...] §1º As normas gerais ou comuns de Direito Internacional Público são parte integrante do ordenamento jurídico brasileiro. §2º As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte vigoram na ordem interna, desde que expressamente estabelecido nos respectivos tratados constitutivos’”. Cf. DALLARI, Pedro. *Constituição e relações exteriores*, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 198-199.

como já se assinalou “a existência do art. 4º da Constituição de 1988 é um bom exemplo de como normas de direito internacional podem pautar o discurso constitucional”:²⁸⁶

Ao romper com a sistemática das Cartas anteriores, a Constituição de 1988, ineditamente, consagra o primado do respeito aos direitos humanos, como paradigma propugnado para a ordem internacional. Esse princípio invoca a abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos.²⁸⁷ [grifo nosso]

Acerca de tais razões, reafirma-se o que se tratou no tópico anterior, sobre serem as questões que envolvem os direitos humanos, a principal “chave” de abertura das constituições contemporâneas.

Como a Constituição brasileira incorpora os tratados internacionais, a jurisprudência da Suprema Corte brasileira neste sentido e algumas posições doutrinárias, porém, requer o tratamento em separado, o que se almeja subsequentemente.

²⁸⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Direitos humanos e integração regional: algumas considerações sobre o aporte dos tribunais constitucionais*, op. cit., Biblioteca Digital Supremo Tribunal Federal.

²⁸⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito Constitucional Internacional*, op. cit., p. 101-102.

PARTE II – A INCORPORAÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

CAPÍTULO I – TRATADOS INTERNACIONAIS COMUNS

1.1 PROCESSO DE RATIFICAÇÃO

Nesta segunda parte objetiva-se, ainda que brevemente, abordar o significado jurídico dos tratados internacionais, seu conceito, seu processo de formação e seus efeitos. No que concerne ao presente item, primeiramente se descreverá uma visão geral do processo de formação dos tratados, para na sequência, descrever tal procedimento na atual Constituição brasileira de 1988.

Na lição de CASSESE, “Os Estados gozam de plena liberdade no que se refere às modalidades e forma de acordo, pois não há regras que prescrevam qualquer procedimento ou formalidade definitiva” [tradução nossa].²⁸⁸ Assim, a sistemática concernente ao exercício do poder de celebrar tratados é deixada a critério de cada Estado, razão pela qual, as exigências constitucionais relativas ao processo de formação dos tratados variam significativamente.²⁸⁹

Assim, numa análise geral, o processo de formação dos tratados tem início com os atos de negociação, conclusão e assinatura do tratado, que são da competência do Poder Executivo.²⁹⁰

O artigo 11 da Convenção sobre o direito dos tratados estipula que “o consentimento de um estado em obrigar-se por um tratado pode manifestar-se pela

²⁸⁸ Antonio Cassese, *International law*, second edition. New York: Oxford University Press, 2005, p.172. “States enjoy full freedom as regards the modalities and form of agreement, for there are no rules prescribing any definite procedure or formality.”

²⁸⁹ Rebecca Wallace, *International law*. 2ª ed. London: Sweet & Maxwell, 1992, p.198.

²⁹⁰ PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos e o direito Constitucional Internacional*, São Paulo: Saraiva, 2014, p.109.

assinatura, troca dos instrumentos constitutivos do tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou quaisquer outros meios, se assim for acordado”.²⁹¹

Observa ACCIOLY, NASCIMENTO e CASELLA que a Convenção inovou nesse particular, pois, além de admitir a assinatura como meio de qualquer Estado se obrigar por tratado, menciona algumas outras modalidades, levando em consideração certas peculiaridades de determinados países e que, quanto à assinatura, a prática internacional admitia que alguns tratados de somenos importância não exigissem a ratificação, mas que, a nova orientação, contudo, estende a regra a todos os tipos de tratados, tendo em vista a praxe adotada entre os países da União Europeia.²⁹²

Sobre a relevância da assinatura, Dominique CORREAU assinala:

A assinatura do texto de um tratado internacional leva a consequências de importância e precisão inigualáveis. Ele primeiro autentica o texto do tratado. Este, uma vez assinado ou rubricado, torna-se definitivo. Não pode ser posteriormente alterado unilateralmente por um dos países participantes, ou então reabrirá as negociações.²⁹³ [tradução nossa]

Entre nós, PIOVESAN pondera que a assinatura do tratado, por si só, traduz um aceite precário e provisório, não irradiando efeitos jurídicos vinculantes; trata-se da mera aquiescência do Estado em relação à forma e ao conteúdo final do tratado. A assinatura do tratado, via de regra, indica tão somente que o tratado é autêntico e definitivo.²⁹⁴

Após a assinatura do tratado pelo Poder Executivo, o segundo passo é a sua apreciação e aprovação pelo Poder Legislativo.

Acerca desta sistemática, que deve ser prevista no âmbito constitucional,²⁹⁵ observa Louis Henkin:

²⁹¹ BRASIL. *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados* – Decreto n.º 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

²⁹² ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*, 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.160-1.

²⁹³ Dominique Carreau, *Droit International*. 4ª édition. Paris : Pedone, 1994, p.117-8. “La signature du texte d’un traité international entraîne des conséquences d’importance et de précision inégale. Elle authentifie tous d’abord le texte du traité. Celui-ci, uni fois signé ou paraphé, devient définitif. Il ne peut plus par la suite être modifié unilatéralement par l’un des pays participants, ou ce serait alors rouvrir les négociations.”

²⁹⁴ PIOVESAN, *Direitos humanos e o direito Constitucional Internacional*, op. cit., p.109.

²⁹⁵ O Direito Internacional não impõe uma forma particular para a ratificação: “Cette procédure est exclusivement réglée par le droit interne (d’où le «flou» de la terminologie, ratification, approbation et acceptation employées à titre interchangeable). Le plus souvent, cette formalité est expresse : lorsqu’elle a été accomplie à la suite du vote du Parlement, l’Etat en cause le fait officiellement savoir aux autres parties contractantes par une notification spéciale (échange des instruments de ratification, acceptation ou approbation). Cette formalité constitue la preuve que la procédure interne requise a été suivie, que le traité en cause est de ce point de vue «parfait », irréprochable, et qu’ainsi l’Etat est définitivement lié par ses termes”. Cf. Dominique Carreau, *Droit International*, op.cit., p.120.

Com efeito, o poder de celebrar tratados – como é concebido e como de fato se opera – é uma autêntica expressão do constitucionalismo; claramente ele estabelece a sistemática de *'checks and balances'*. Ao atribuir o poder de celebrar tratados ao Presidente, mas apenas mediante o referendo do Legislativo, busca-se limitar e descentralizar o poder de celebrar tratados, prevenindo o abuso desse poder. Para os constituintes, o motivo principal da instituição de uma particular forma de *'checks and balances'* talvez fosse o de proteger o interesse de alguns Estados, mas o resultado foi o de evitar a concentração do poder de celebrar tratados no Executivo, como era então a experiência europeia.²⁹⁶

Em *O Federalista*, HAMILTON ao analisar o projeto do texto da Constituição Norte-Americana no trecho “*com o parecer e a aprovação do Senado de celebrar tratados, desde que conte com o apoio de dois terços dos senadores presentes*”, já não hesitava em afirmar sua persuasão de que, esta mescla de poderes, se tratava de uma das mais bem concebidas e perfeitas partes do projeto:

Com relação à mescla de poderes, recorro às explicações, já dadas em outras oportunidades, quanto ao verdadeiro sentido da norma em que esta objeção se fundamenta; assim, considero como demonstrado que a união do Executivo com o Senado, na questão dos tratados, não constitui uma infração daquela norma. Permito-me acrescentar que a natureza especial do poder de celebrar tratados indica uma benéfica peculiaridade daquela união. Embora vários especialistas no assunto situem tal poder na competência do Executivo, é evidente que se trata de uma disposição arbitrária, pois, se analisarmos cuidadosamente o assunto, concluiremos que ele reveste características mais do campo Legislativo que do Executivo, embora isso não implique necessariamente em atribuí-lo a qualquer deles. A essência da autoridade legislativa é elaborar leis ou, em outras palavras, prescrever normas para a vida da sociedade, enquanto o cumprimento das leis, e a direção do esforço comum, quer para esta finalidade, quer para a defesa nacional, parece resumir todas as funções do Primeiro Magistrado. **O poder de celebrar tratados não é, indiscutivelmente, privativo nem de um nem de outro.** Não diz respeito nem à execução das leis em vigor nem à elaboração de novas ou, muito menos, à direção do esforço comum. Sua finalidade são os *contratos* com estados estrangeiros, que têm força de lei, mas dependem da boa-fé dos contratantes. Não são normas baixadas por um soberano para seus súditos, mas acordos entre soberanos. Assim, o poder em questão parece constituir um setor distinto, não integrando propriamente o Legislativo nem o Executivo. As condições já expostas como indispensáveis à condução das negociações com governos estrangeiros indicam o Executivo como o agente mais capacitado para tais transações, enquanto a enorme importância desta delegação de autoridade e a circunstância de os tratados terem força de lei concorrem fortemente para que o Legislativo participe,

²⁹⁶ Louis Henkin, *Constitutionalism, democracy and foreign affairs*. New York: Columbia University, 1990, p.59.

integral ou parcialmente, no trabalho de elaborá-los”.²⁹⁷ [negrito nosso] (O Federalista nº 75)

Em sequência, aprovado o tratado pelo Legislativo, há o seu ato de ratificação pelo Poder Executivo.

Sobre a *ratificação*, REZEK leciona que, pelo acentuado número de erros no entendimento desse instituto, convém precisar o seu conceito; e, baseando-se em Arnold McNair, expõe que há, pelo menos quatro distinções de significado em teoria e prática do direito internacional público, sendo elas: *a)* o ato do órgão estatal próprio – um soberano, um presidente, um conselho federal – que exprime a vontade do Estado de se obrigar por um tratado; isto é o que às vezes se denomina ratificação no sentido constitucional; *b)* o procedimento internacional pelo qual o tratado entra em vigor, ou seja, a troca ou depósito formal dos instrumentos de ratificação; *c)* o próprio documento, selado ou de outro modo autenticado, em que o Estado exprime sua vontade de se obrigar pelo tratado; *d)* avulsa e popularmente, a aprovação do tratado pela legislatura, ou outro órgão estatal cujo consentimento possa ser necessário; este é um emprego infeliz da palavra, e deveria ser evitado.²⁹⁸

Conclui por fim, o jurista que “ratificação é o ato unilateral com que a pessoa jurídica de direito internacional, signatária de um tratado, exprime definitivamente, no plano internacional, sua vontade de obrigar-se”.²⁹⁹

Como já se observou da antiga lição de PONTES DE MIRANDA, tal ato complexo é uma consequência da democracia e uma limitação aos Poderes do Executivo:

Os Estados, inclusive os Estados democráticos puros, se os houvesse, têm, nas relações interestatais, de ser representados. A democracia ainda não criou técnica diferente para os negócios jurídicos interestatais: muito se mantém do que se herdou das monarquias. Porém nem tudo. A *ratificação* passou, assim, a ter função democratizante, – ou deixada ao Poder Legislativo, ou a órgão especial de origem eletiva, ou ao referendo.

²⁹⁷ O Federalista, nº 75. In: MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *O Federalista*. Trad. de Ricardo Rodrigues Gama, 3ª ed. Russel Editores: Campinas, 2010, p. 463-4. Sobre este ponto, vale observação de ACCIOLY e CASELLA: “*Seja como for, pode admitir-se razoavelmente que, quando o compromisso verse sobre matéria executiva, não há razão para que este seja submetido ao poder legislativo. Isso tem sido reconhecido, desde muito, por exemplo, nos Estados Unidos, onde a prática dos acordos executivos já recebeu a consagração da própria Suprema Corte, apesar do que dispõe a Constituição americana em relação aos tratados*”, in: ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*, op. cit., p.161.

²⁹⁸ Francisco Rezek, *Direito Internacional Público*. 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p.72-73

²⁹⁹ *Ibid.*, p.74.

O preceito tem a consequência de limitar a representação do Presidente da República perante os outros Estados. Essa é a verdadeira compreensão [...].³⁰⁰

Pode-se citar ainda a ratificação como sendo o ato administrativo mediante o qual o Chefe de Estado confirma o tratado firmado em seu nome ou em nome do Estado, declarando aceito o que foi convencionado pelo agente signatário, sendo que, geralmente, só ocorre a ratificação depois que o tratado foi aprovado pelo Parlamento, a exemplo do que ocorre no Brasil, onde essa faculdade é do Congresso Nacional.³⁰¹

A este respeito, como já se anotou, a Convenção de Viena dá ampla liberdade ao estabelecer: “O consentimento do Estado em obrigar-se por um tratado pode ser expresso mediante a assinatura, troca de instrumentos constituintes do tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou através de qualquer outro meio acordado” (arts. 11 a 17 da Convenção).³⁰²

Neste ponto, recorda PIOVESAN que, por sua vez, o art.12 da Convenção fixa as hipóteses em que a ratificação é necessária, em adição à assinatura, no sentido de estabelecer a aceitação do Estado no que toca à obrigatoriedade do tratado. Vale dizer, não obstante a assinatura pelo órgão do Poder Executivo, a efetividade do tratado fica, via de regra, condicionada à sua aprovação pelo órgão legislativo e posterior ratificação pela autoridade do órgão executivo – matéria disciplinada pelo Direito interno, sendo pois, ato necessário para que o tratado passe a ter obrigatoriedade no âmbito internacional e interno e que, como etapa final, o instrumento de ratificação há de ser depositado em um órgão que assuma a custódia do instrumento, como por exemplo, na hipótese de um tratado das Nações Unidas, o instrumento de ratificação deve ser depositado na própria ONU; se o instrumento for do âmbito regional interamericano, deve ser depositado na OEA.³⁰³

Na conclusão de REZEK, percebe-se que “o direito internacional é indiferente ao método eleito pelo Estado para promover a recepção da norma convencional por seu ordenamento jurídico. Importa-lhe tão só que o tratado seja, de boa-fé, cumprido pelas partes”.³⁰⁴

³⁰⁰ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*, 2ª ed. rev. e aumentada. Vol. II (arts. 15 – 97), São Paulo: Max Limonad, 1953, p. 294-295.

³⁰¹ Cf. ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, Paulo Borba, op. cit., p.161.

³⁰² BRASIL. *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados* – Decreto n.º 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

³⁰³ Flávia Piovesan, *Direitos humanos e o direito Constitucional Internacional*, op. cit., p.109 et. seq.

³⁰⁴ Francisco Rezek, *Direito Internacional Público*, op. cit., p.102.

No caso brasileiro, no que concerne ao tema aqui versado, a Constituição Federal de 1988 assim dispõe em dois dispositivos:

Art. 84 – Compete privativamente ao Presidente da República: [...] VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.³⁰⁵

A este respeito, comenta FERREIRA FILHO que, por sua relevância, por suas consequências internas, mormente por importarem, não raro, modificação das leis do País, os atos internacionais, em princípio, se aperfeiçoam, em face do direito brasileiro, com a aprovação do Congresso Nacional. A manifestação de vontade do Estado brasileiro em suas relações com outro Estado ou com organizações internacionais se traduz então por um ato complexo, que não se aperfeiçoa enquanto à vontade do Poder Executivo, manifestada pelo Presidente da República, não se soma a vontade do Congresso Nacional.³⁰⁶

Por tal razão, prevê nossa Magna Carta:

Art. 49 – É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;³⁰⁷

Comenta ainda FERREIRA FILHO que é nítida a intenção desta norma ao sujeitar à aprovação do Congresso Nacional todo ato internacional que acarrete encargo ou gravame para o patrimônio nacional, que tragam ônus para o País, e, sem que se leve em conta a autoridade que celebrou tal ato.³⁰⁸

No mesmo sentido *supra* apontado, destaca PIOVESAN que se consagra, assim, a colaboração entre Executivo e Legislativo na conclusão de tratados internacionais, que não se aperfeiçoa enquanto a vontade do Poder Executivo, manifestada pelo Presidente da República, não se somar à vontade do Congresso Nacional. Logo, os tratados internacionais demandam, para seu aperfeiçoamento, um ato complexo, repita-se, no qual se integram a vontade do Presidente da República, que os celebra, e a do Congresso Nacional, que os aprova, mediante decreto legislativo.³⁰⁹

³⁰⁵ BRASIL. Constituição, 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*.

³⁰⁶ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Vol.2 – Arts. 44 a 103. São Paulo: Saraiva, 1992, p.156.

³⁰⁷ BRASIL. Constituição, 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*.

³⁰⁸ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Vol.2 – Arts. 44 a 103, op. cit., p.21.

³⁰⁹ Flávia Piovesan, *Direitos humanos e o direito Constitucional Internacional*, op. cit., p.110.

A este respeito, Gilmar MENDES e Paulo BRANCO lecionam que o Congresso Nacional aprova o tratado mediante a edição de decreto legislativo, sendo que, este ato dispensa sanção ou promulgação por parte do Presidente da República.³¹⁰

Tal desnecessidade deriva do fato de o art. 49 da Constituição Brasileira de 1988 prever matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional, ou seja, nos diversos itens enumerados neste dispositivo o Congresso Nacional atua sem a intervenção de outro poder, mormente sem a intervenção do Executivo; “nelas, portanto, a deliberação do Congresso Nacional não há oportunidade à sanção ou ao veto presidencial. Assim, sobre essas matérias, não é a lei o instrumento, mas sim o decreto legislativo”.³¹¹

A este respeito, FERREIRA FILHO em sua clássica obra *Do Processo Legislativo*, por miúdo trata do tema dizendo que sobre as matérias de competência exclusiva do Congresso, arroladas na atual Constituição pelo art. 49, não cabe a normatividade abstrata característica da lei propriamente dita e que, de fato, os incisos do art. 49 atribuem ao Congresso o resolver, o autorizar ou permitir, o aprovar ou suspender, o mudar, o fixar, o julgar e só a menção desses verbos já mostra que se está em face de questões sobre as quais o constituinte quis deixar a decisão última ao Congresso, especialmente como forma de fiscalização do Poder Executivo, bem como, a elaboração de normas individuais não ser considerada matéria como pertencente ao “processo legislativo”, nem ao “processo normativo” *stricto sensu*.³¹²

Tal como observado, o decreto legislativo contém a aprovação do Congresso Nacional ao tratado e simultaneamente a autorização para que o Presidente da República o ratifique em nome da República Federativa do Brasil.³¹³ Esse ato não contém, todavia, uma ordem de execução do tratado no território nacional, uma vez que somente ao Presidente da

³¹⁰ Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p.1150.

³¹¹ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2ª ed., vol.1 – Arts. 1º a 103. São Paulo: Saraiva, 1997, p.295. Ao comentar o art. 59, inciso VI, que trata dos decretos legislativos, o Professor Manoel Gonçalves, mais detalhadamente leciona sobre as modalidades de “decretos legislativos”: “Denomina-se decreto legislativo todo ato do Congresso Nacional adotado segundo o procedimento estabelecido para a elaboração legislativa. Traduz a deliberação do Congresso Nacional, através da deliberação de suas Casas, sobre determinada matéria. Assim, transformam-se em decreto legislativo o projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional que é enviado à apreciação do Presidente da República, para sanção ou para o veto. De fato, o projeto aprovado pelo Congresso Nacional não é lei, pois lei só se torna quando à aprovação pelo Congresso Nacional se soma a sanção presidencial ou superação do veto. Igualmente, o decreto legislativo traduz a deliberação do Congresso Nacional sobre as matérias de sua competência exclusiva (art.49). por isso, diz Pontes de Miranda que “decretos legislativos são as leis que a Constituição não exige a remessa ao Presidente da República para sanção (promulgação ou veto)” (*Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.1 de 1969, cit., t.3, p. 138*), p.358-359.

³¹² Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Do processo legislativo*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 219-220.

³¹³ José Francisco Rezek, *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.332.

República cabe decidir sobre a ratificação. Com a promulgação do tratado por meio de decreto do Chefe do Executivo, recebe aquele ato a ordem de execução, passando, assim, a ser aplicado de forma geral e obrigatória.³¹⁴

Conforme visto acima, e no mesmo sentido FERREIRA FILHO, a exigência de ratificação decorre da magna importância das matérias que são em geral reguladas nos atos internacionais. Nestes se dispõe quase sempre sobre assuntos que tocam de muito perto a existência e a independência da nação. Por isso, convém que a representação nacional seja ouvida, dizendo a última palavra. E verdadeiramente a última palavra, já que, após a manifestação do Congresso Nacional, não mais cabe qualquer intervenção do Executivo [que apenas o ratifica].³¹⁵

Destaca-se ainda que esse modelo, permite a propositura da ação direta para aferição da constitucionalidade do decreto legislativo, possibilitando que a ratificação e, portanto, a recepção do tratado na ordem jurídica interna ainda sejam obstadas.³¹⁶

Em 1997, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de apreciar, na ADI 1.480, a constitucionalidade dos atos de incorporação, no Direito brasileiro, da Convenção n. 158 da OIT. Nesse contexto, a posição adotada no julgamento da ADI-MC 1.480, bem como em outros casos precedentes ou subsequentes, foram desenhando os contornos do tema.

A referida Ação Direita de Inconstitucionalidade foi proposta pela Confederação Nacional das Indústrias e Confederação Nacional dos Transportes, com o objetivo de declarar inconstitucional a Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho, que ingressou na ordem jurídica brasileira por meio do Decreto Legislativo nº 68/92 e do Decreto 1855/96. De acordo com as entidades autoras do pedido, a Convenção da OIT, em seus artigos 4º ao 10º - que visavam combater o término arbitrário de relações de emprego - conflitavam com a Constituição Federal, quer no âmbito formal, quer no âmbito material.

Ocorre que, formalmente, a matéria sobre a qual a convenção dispunha, *i.e.*, as garantias contra despedida arbitrária, é matéria destinada à lei complementar, conforme o inciso I do art. 7º da Constituição Federal de 1988, não podendo um tratado comum se equiparar a lei complementar.

³¹⁴ *Ibid.*, p.383.

³¹⁵ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Vol.2 – Arts. 44 a 103, op. cit., p.21.

³¹⁶ Gilmar Ferreira Mendes; Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p.1150.

No caso, a orientação perfilhada pela Corte foi a de que é na Constituição que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro.³¹⁷ De observar-se:

a) PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS.- É na Constituição da República - e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto. O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais - superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado - conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno.

b) SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.- No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. O exercício do *treaty-making power*, pelo Estado brasileiro - não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) -, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional.

c) CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.- O Poder Judiciário - fundado na supremacia da Constituição da República - dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e Jurisprudência.

³¹⁷ Gilmar Ferreira Mendes; Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p.1151.

d) PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO.- Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico ("lex posterior derogat priori") ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes

e) TRATADO INTERNACIONAL E RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR.- O primado da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, é oponível ao princípio *pacta sunt servanda*, inexistindo, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da concorrência entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público. Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil - ou aos quais o Brasil venha a aderir - não podem, em consequência, versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar. É que, em tal situação, a própria Carta Política subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao exclusivo domínio normativo da lei complementar, que não pode ser substituída por qualquer outra espécie normativa infraconstitucional, inclusive pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno.³¹⁸

Observa o Professor Fernando Dias Menezes de Almeida que este entendimento tradicional resta ainda de origem jurisprudencial, pois a Constituição brasileira não tem, quanto aos tratados internacionais em geral, uma regra clara como, por exemplo, a do art. 55 da Constituição francesa:³¹⁹

³¹⁸ Cf. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1480 MC-DF*. Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, 4 de setembro de 1997 – DJ de 26-6-2001. “Prosseguindo no julgamento o Tribunal, por votação majoritária, deferiu, parcialmente, sem redução de texto, o pedido de medida cautelar, para, em interpretação conforme a Constituição e até o final julgamento da Ação Direta, afastar qualquer exegese, que, divorciando-se dos fundamentos jurídicos do voto do Relator (Min. Celso de Mello) e desconsiderando o caráter meramente programático das normas da Convenção n. 158 da OIT, venha a tê-las como auto-aplicáveis, desrespeitando, desse modo, as regras constitucionais e infra-constitucionais que especialmente disciplinam, no vigente sistema normativo brasileiro, a despedida arbitrária ou sem justa causa dos trabalhadores (...)” – Ao final, a referida ADI 1480 acabou por ser extinta em virtude da perda superveniente de seu objeto, por razões de denúncia do Estado brasileiro. Nas palavras do Relator: “vê-se, portanto, que a Convenção n.158/OIT não mais se acha incorporada ao sistema de direito positivo interno brasileiro, eis que, com a denúncia, deixou de existir o próprio objeto sobre o qual incidiram os atos estatais – Dec. Legisl. 68/92 e 1855/96 – questionados em sede de Controle Concentrado de Constitucionalidade, não mais se justificando, por isso mesmo, a subsistência deste processo de fiscalização abstrata [...]”

³¹⁹ Fernando Dias Menezes de Almeida, *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988 e incorporação, ao Direito brasileiro, de tratados internacionais a eles relativos*. R. Fac. Dir. Univ. São Paulo, v. 106/107, jan./dez., 2011/2012, p.287-303.

Os tratados ou acordos devidamente ratificados ou aprovados, após a sua publicação, têm autoridade superior à das leis, sujeita, para cada acordo ou tratado, à sua aplicação pela outra parte.³²⁰ [tradução nossa]

Viu-se, portanto, que a simples assinatura não gera efeitos por si só, já que o Poder Executivo só pode promover a ratificação depois de aprovado o tratado pelo Congresso Nacional, havendo, assim, dois momentos distintos no sistema brasileiro: a aprovação do tratado pelo Congresso Nacional, por meio de um decreto legislativo, e a ratificação pelo Presidente da República, seguida da troca ou depósito do instrumento de ratificação.

Assim, “celebrado por representante do Poder Executivo, aprovado pelo Congresso Nacional e, por fim, ratificado pelo Presidente da República, passa o tratado a produzir efeitos jurídicos”.³²¹ Além disso, observou-se que o modelo brasileiro, expresso na atual Constituição Federal de 1988, está em acordo com o que se expressa em linhas gerais no direito internacional e que, à falta de norma constitucional que determine a hierarquia de um tratado internacional no ordenamento doméstico, fez com que a Suprema Corte brasileira, guardiã da Constituição, se manifestasse oportunamente para decidir ser a Carta da República o ponto de partida para validade, inclusive, de documentos internacionais incorporados (ADI, nº 1480 MC-DF), vez que estes tratados ombream-se às leis que se encontram abaixo da Constituição, devendo observá-la quer seja no aspecto material, por óbvia via de consequência, mas inclusive formalmente, quando da exigência de tessitura de lei específica.

Cabe por fim neste subitem que trata do processo de elaboração dos tratados no ordenamento jurídico brasileiro, destacar a observação e crítica doutrinária de que a Constituição brasileira de 1988, ao estabelecer apenas esses dois dispositivos supracitados (os arts. 49, I e 84, VIII), traz uma sistemática lacunosa, falha e imperfeita, não prevendo, por exemplo, prazo para que o Presidente da República encaminhe ao Congresso Nacional o tratado por ele assinado, nem previsão de prazo para que o Congresso Nacional aprecie o tratado assinado, tampouco previsão de prazo para que o Presidente da República ratifique o tratado, se aprovado pelo Congresso.³²² Para esta parcela da doutrina, essa sistemática constitucional, ao manter ampla discricionariedade aos Poderes Executivo e Legislativo no

³²⁰ Cf. FRANÇA. *Constitution Française de 1958*. « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés on, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie. »

³²¹ PIOVESAN, *Direitos humanos e o direito Constitucional Internacional*, op. cit., p.111.

³²² *Ibid.*, p.112.

processo de formação dos tratados, acaba por contribuir para a afronta ao princípio da boa-fé vigente no Direito Internacional, cabendo mencionar o emblemático caso da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, assinada pelo Estado brasileiro em 1969 e encaminhada à apreciação do Congresso Nacional apenas em 1992, tendo sido aprovada pelo Decreto Legislativo n. 496, em 17 de julho de 2009 – dezessete anos após; sendo que, em 25 de setembro de 2009, o Estado brasileiro finalmente efetuou o depósito do instrumento de ratificação.³²³

1.2 INCORPORAÇÃO DE TRATADOS *COMUNS*: ENTRE O MONISMO E O DUALISMO

Diferentemente do tópico anterior no qual se analisou o processo de elaboração de um tratado internacional e as premissas no ramo do Direito Internacional e Constitucional que o formam, traduzindo-o como válido e aceito nesta perspectiva interdisciplinar e, tanto quanto possível, comparada; aqui objetiva-se compreender agora as teorias que explicam esta união, ou não, destas searas do direito ao produzirem um documento normativo e adentrar à discussão sobre o conflito de leis interna e internacional. Discussão que teve início no século passado quando se formaram as teorias clássicas para tentar solucionar a questão, mas que, mais de cem anos depois, são ainda invocadas para solucionar o conflito entre tratado e lei interna, determinando qual das duas deverá prevalecer, servindo de fundamentos tanto para a doutrina quanto para a jurisprudência brasileira, o que se verá quanto a esta, em tópico posterior.

Ao analisar a Constituição portuguesa, Canotilho apresenta como uma outra fonte de direito, constitucionalmente reconhecida, as normas de direito internacional, na qual aquela Constituição estabelece o princípio de que as “normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português” (cfr. art. 8º./1).³²⁴ Representando, de um modo geral com o significado de que o direito internacional faz parte

³²³ Ibidem, p.112.

³²⁴ Trata-se de uma fórmula oriunda da Constituição Weimar do projeto de Preuss: “*das Reich anerkennt das geltende Völkerrecht als Bestandteil seines eigenen Rechtes an*” (“O Império alemão reconhece o direito internacional em vigor como fazendo parte do seu direito interno). Cf. A. Verdross, *Diritto Internazionale*, Vol. LIX, 1976, p.5 e ss. Cf. J. J. Gomes Canotilho, *DIREITO CONSTITUCIONAL e Teoria da Constituição*. 7ª ed. (4ª Reimpressão). Almedina, 2003, p. 819.

do direito interno. Deste modo, independentemente dos problemas que a fórmula adotada pode levantar no domínio das relações entre o direito internacional e o direito interno, designadamente a questão do *monismo* ou *dualismo*, bem como, o problema do primado do direito interno ou do direito internacional, parece poder afirmar-se ter a Constituição consagrado a doutrina da recepção automática das normas do direito internacional geral ou comum, implicando, por via de consequência, que estas normas são diretamente aplicáveis pelos tribunais e outras autoridades encarregadas de aplicar o direito, não necessitando de qualquer transformação em lei ou outro ato de direito interno para poderem ser consideradas incorporadas no ordenamento interno – as normas do direito internacional comum entram em vigor no direito interno ao mesmo tempo que adquirem vigência na ordem internacional.

325

Dentro desta análise, em que o Direito Internacional e o Direito interno formam uma só ordem jurídica, está a concepção da teoria monista, tendo como consequência o fato do reconhecimento de um direito na ordem internacional, já valer para o Estado, como o dever de cumprimento. Assim, entrando em vigor um tratado na ordem internacional, automaticamente entraria em vigor na ordem interna.

Diferente situação é a que ocorre no direito brasileiro no qual, a conjugação de dois dispositivos constitucionais (art. 49, I e art. 84, VIII) demandam todo um *iter* procedimental para que a vontade do Estado brasileiro, relativamente aos atos internacionais, façam valer no âmbito doméstico tratados e convenções, num ato complexo onde se integram a vontade do Presidente da República, que os celebra e a do Congresso Nacional, que resolve definitivamente, traduzindo-se, por fim, no decreto legislativo dentro do território nacional, e, a final ratificação presidencial, conforme se verificou no tópico acima.

Dentro desta análise que se separa ordem jurídica internacional e a ordem jurídica interna como ordens completamente separadas e independentes, está a concepção da teoria dualista, tendo como consequência o fato da necessidade da incorporação ou da transformação do Direito Internacional em Direito interno, para aquele ter validade neste, apenas após incorporado.

A obediência a tais requisitos para que um tratado internacional possa valer no território nacional decorre de sua necessária sujeição à Constituição, o que significa a supremacia da Constituição em relação a ele.

³²⁵ Ibidem, p. 819-820.

Falar em supremacia da Constituição implica dizer que há limitação do Poder em relação àquela e que tal sujeição implica, em especial, que a atuação do Poder se faça de conformidade com a Constituição.³²⁶ Esta conformidade teria então duas faces, uma formal e outra material. No aspecto formal importaria que todo ato de Poder há de observar o *iter* prescrito na Constituição para a sua elaboração, sendo esta a supremacia formal da Constituição. A segunda (material), reclamaria que todo ato de Poder constituído respeite os parâmetros substantivos que a Lei Magna houver traçado; é a supremacia material da Constituição.³²⁷

Desta forma, a supremacia da Constituição impõe uma condição de constitucionalidade, formal e material à atuação do Poder, limitando-o e proscurendo o arbítrio.

Conforme se verificou no item acima, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 1.480, apreciou a constitucionalidade dos atos de incorporação no Direito brasileiro, da Convenção n. 158 da OIT que ingressou na ordem interna por meio do Decreto Legislativo nº 68/92 e do Decreto 1855/96, declarando-os inconstitucionais justamente pelo desrespeito material e formal à Constituição brasileira.

De ver-se que, a consequência lógica desta sujeição à Constituição, é constituir vício o praticar um ato (ação) em desacordo com esta, sendo que, tal vício, é a inconstitucionalidade, cuja superação é imprescindível para que a supremacia da Constituição seja efetiva.³²⁸

Se por um lado é primordial observar a supremacia da Constituição sob pena da inconstitucionalidade, por outro, “o direito internacional adota um unilateralismo internacionalista”,³²⁹ não admitindo que suas normas sejam descumpridas sob a escusa de óbices internos, como se vê da leitura do art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969).³³⁰

Some-se a isto, a impressionante realidade do Direito Internacional no Brasil do século XXI. Na análise de CARVALHO RAMOS, do ponto de vista da produção normativa,

³²⁶ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Princípios Fundamentais do Direito Constitucional*, 3. Ed. São Paulo: Saraiva, p. 124.

³²⁷ *Ibid.*, p.124.

³²⁸ *Ibidem*, p.124.

³²⁹ André de Carvalho Ramos, *Pluralidade das Ordens Jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o Direito Constitucional*. R. Fac. Dir. Univ. São Paulo, v. 106/107, jan./dez., 2011/2012, p.497-524, p. 498.

³³⁰ Já ratificada e incorporada internamente. *In verbis*: “Art. 27. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o art. 46”. Seria traço desta concepção a teoria do monismo internacionalista.

o Brasil aderiu a centenas de tratados nos mais diversos planos (universal, regional) e temas (gerais, setoriais), bem como tem acatado inúmeros diplomas normativos de *soft law*³³¹, sendo que, a cada ano, novas demandas são traduzidas em textos internacionais e o Brasil é um dos países mais receptivos a essa produção normativa.³³²

Para se ter maior dimensão da questão, nos ancoramos no exemplo didático de PAGLIARINI: se um juiz de uma Corte Permanente Internacional, ao julgar um litígio entre Estados soberanos, deve aplicar o Direito Internacional Público, e não o direito do Estado “x”, nem o do “y”, numa comparação, é como age um ministro do Supremo Tribunal Federal: em caso de conflito de normas de dois Estados da federação brasileira, ele deverá aplicar a Constituição e usá-la para resolver o impasse; aliás, para sua excelência, sempre a Constituição será o nexó de validade de todas as outras normas jurídicas produzidas domesticamente.³³³

No sentido acima exposto, já se denota que o referido autor afirma, ainda que indiretamente, a preponderância hierárquica do Direito Internacional Público sobre o direito interno. Talvez, tal afirmação para um internacionalista, possa estar provida de mais lógica do que para um constitucionalista.³³⁴

³³¹ Soft law em português quer dizer direito maleável, direito plástico sendo um instituto recente no direito internacional para representar as normas dotadas de baixo teor imperativo, tal como ocorre no gentlemen’s agreements (acordo de cavalheiros) onde um compromisso moral é formado entre dois chefes de Estado, não havendo sanção jurídica, mas apenas moral e política, se o mesmo for descumprido. A este respeito encontra-se na doutrina: “A exemplo do que ocorre com os direitos, a enumeração de deveres apresenta dificuldades, sobretudo se lembrarmos que a doutrina fala em “deveres jurídicos” e “deveres morais”. A essa lista é ainda necessário acrescentar os conceitos do “jus cogens” e o assim chamado “soft-law”. Em se tratando de ordenamento jurídico como o internacional, em que tem a vontade papel primordial, a reflexão sobre o ato jurídico é determinante, porquanto o estudo dos atos baseia-se na análise dos instrumentos por meio dos quais o direito positivo permite à vontade dos sujeitos de direito internacional criadora, e de produzir efeitos jurídicos”. (...) “Para a determinação do conteúdo e da possibilidade de criação de norma vinculante da conduta de sujeito de direito internacional será necessário considerar a intenção de vincular-se por aquela declaração, permitindo caracterizá-la como compromisso jurídico. Esse é todo o dilema e a controvérsia em torno do conceito e do conteúdo da “soft law”. Cf. ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, Paulo Borba. Manual de Direito Internacional Público, 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 323-324.

³³² *Pluralidade das Ordens Jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o Direito Constitucional*, op. cit., p. 497.

³³³ Alexandre Coutinho Pagliarini, *A teoria da aproximação entre o Direito Constitucional e o Internacional*. In: DE LUCCA, Newton; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; NEVES, Mariana Barboza Baeta (coord.). *Direito Constitucional Contemporâneo – Homenagem ao Professor Michel Temer*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 31.

³³⁴ A bem da verdade, o citado autor chega a afirmar que caso assim não fosse, o Direito Internacional Público não poderia ser considerado como *Direito* e que, não mais seriam necessários juízes internacionais, nem as suas respectivas Cortes permanentes. Em outro ponto, combate energicamente o que nomeia de “a doutrina constitucionalista”, afirmando que: “Esta doutrina é a dos muros, a egoísta – cabalisticamente raciocinando –, a que atende aos interesses unilateralistas dos Estados-membros. Aqui tomarei o Direito Constitucional brasileiro como exemplo – poderia ter escolhido o francês (...)”. Cf. “A teoria da aproximação entre o Direito Constitucional e o Internacional”, op. cit., p. 32.

Por outra parte, e a observação é de CANOTILHO ao analisar a realidade portuguesa, as normas europeias não poderão transportar “revoluções internas” a ponto de subverter os *princípios constitucionais materialmente irrevisíveis*, pois estes condensam a identidade da ordem constitucional portuguesa e nem sempre estão à disposição do legislador de revisão.³³⁵ A constituição constituinte impõem-se aqui ao processo constituinte europeu, sendo razoável sustentar-se que as normas europeias contrárias aos princípios materialmente constituintes da ordem constitucional portuguesa estão sujeitas ao princípio da preeminência das normas da constituição constituinte.³³⁶

Como já se percebe, em que pese a longevidade do tema, o mesmo é ainda rico em discussões.

ACCIOLY, NASCIMENTO e CASELLA apontam que no campo da doutrina duas grandes correntes buscam demonstrar o que as normas internacionais e as internas têm em comum e, ao mesmo tempo, se e como podem funcionar separadamente.³³⁷ Para os autores, a dificuldade do juiz, diante de caso concreto, consiste em optar por uma das duas, em caso de conflito entre o direito interno e o direito internacional ou, melhor dito, entre lei interna e tratado em vigor.³³⁸

Em outras palavras, é saber se o direito internacional e o direito interno são dois ordenamentos independentes, estanques, – tese dualista – ou dois ramos de mesmo sistema jurídico – proposta monista.

No monismo (Hans Kelsen e Alfred Vedross), o conflito de normas seria resolvido pelo *pacta sunt servanda*, o qual Kelsen coloca no topo da sua pirâmide normativa, reconhecendo a hierarquia da norma internacional e observando a sua primazia sobre as demais normas no ordenamento jurídico interno.

Para KELSEN, ao se partir da “validade do Direito Internacional, surge a questão de saber como, deste ponto de partida, se poderá fundamentar a validade da ordem jurídica

³³⁵ Artigo 278.º (Fiscalização preventiva da constitucionalidade) 1. O Presidente da República pode requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de tratado internacional que lhe tenha sido submetido para ratificação, de decreto que lhe tenha sido enviado para promulgação como lei ou como decreto-lei ou de acordo internacional cujo decreto de aprovação lhe tenha sido remetido para assinatura. Cf. PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*, 1974. VII Revisão Constitucional [2005].

³³⁶ *DIREITO CONSTITUCIONAL e Teoria da Constituição*. 7ª ed. (4ª Reimpressão). Almedina, 2003, p. 826-827.

³³⁷ ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*, 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.230.

³³⁸ *Ibid.*, p.230-231.

estadual; e, nesta hipótese, esse fundamento de validade tem de ser encontrado na ordem jurídica internacional”.³³⁹

Diferente situação é ter como ponto de partida a Constituição do Estado como determinante de validade das demais normas. Ao tratar do primado da Constituição, a lição de FERREIRA FILHO é a de que a supremacia do Direito espelha-se no primado da Constituição.³⁴⁰ Sendo esta como lei das leis, documento escrito de organização e limitação do Poder, é uma criação do século das luzes. Por meio dela busca-se instituir o governo não arbitrário, organizado segundo normas que não pode alterar, limitado pelo respeito devido aos direitos do Homem.³⁴¹

No entanto, a tese monista de H. Kelsen retira a validade dos governos da fonte internacional para hierarquizar um todo normativo, por assim dizer:

O princípio de que uma ordem jurídica deve ser eficaz para ser válida é, em si, uma norma positiva. É o princípio de eficácia pertencente ao Direito Internacional. Segundo este princípio do Direito Internacional, uma autoridade efetivamente estabelecida é o governo legítimo, a ordem coercitiva decretada por esse governo é a ordem jurídica, e a comunidade constituída por essa ordem é um Estado no sentido do Direito internacional, na medida em que essa ordem é, como um todo, eficaz. **A partir da perspectiva do Direito internacional, a constituição de um Estado é válida apenas se a ordem jurídica estabelecida com base nessa constituição for, como um todo, eficaz. É este princípio geral de eficácia, uma norma positiva do Direito internacional, que, aplicado às circunstâncias concretas de uma ordem jurídica nacional individual, estabelece a norma fundamental individual.** Desse modo, as normas fundamentais das diversas ordens jurídicas nacionais são, elas próprias, baseadas em uma norma geral da ordem jurídica internacional. Se concebemos o Direito internacional como uma ordem jurídica à qual estão subordinados todos os Estados (e isso quer dizer todas as ordens jurídicas nacionais), então a norma fundamental de uma ordem jurídica nacional não é uma mera pressuposição do pensamento jurídico, mas uma norma jurídica positiva, uma norma do Direito internacional aplicada à ordem jurídica de um Estado concreto. Admitindo a primazia do Direito internacional sobre o Direito nacional, o problema da norma fundamental desloca-se da ordem jurídica nacional para a ordem jurídica internacional. Então, a única norma fundamental verdadeira, uma norma que não é criada por um procedimento jurídico, mas pressuposta pelo pensamento jurídico, é a norma fundamental do Direito internacional.³⁴² [negrito nosso]

Em crítica ao pensamento de Kelsen, CAMPAGNOLO escreve:

³³⁹ KELSEN, Hans, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, 4ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 374.

³⁴⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Direitos Humanos Fundamentais*, 14ª ed. São Paulo: Saraiva: 2014, p.21.

³⁴¹ *Ibidem*.

³⁴² KELSEN, Hans, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, 4ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.177-178.

Kelsen nega não somente que o Estado seja soberano, mas ainda, em última análise, a própria experiência estatal ou jurídica. Para Kelsen, o Estado soberano é somente uma ideologia e, precisamente, a ideologia dos fautores do absolutismo, ou exatamente, dos governos totalitários. Ele não vê de modo algum a relação essencial entre a idéia de Estado e a idéia de soberania. Kelsen, contudo, reconhece ser soberano o ordenamento jurídico supremo, o direito internacional, do qual depende a validade de todos os ordenamentos estatais; ademais, ele concebe o sistema universal do direito como um Estado. Na minha opinião, é indiscutível que a experiência concreta do direito internacional não possa ser definida soberana mais do que aquela do direito interno, como por outro lado a lei dos Estados considerados totalitários não parece aos seus súditos mais soberana do que a lei dos Estados liberais. Na minha tese, demonstrei não ser possível separar a idéia de soberania da idéia de Estado e de direito e demonstrei ainda que Hans Kelsen, tendo-as separado, não consegue oferecer um conceito científico de Estado. De fato, ele mesmo define o seu conceito de Estado como uma norma consuetudinária do direito internacional.³⁴³

Na linha da crítica apontada, o dualismo considera que existem dois ordenamentos jurídicos diversos, um interno e outro internacional. Sendo assim, grosso modo, a norma internacional não poderá ser revogada por conta de sua origem, isto é, por emanar de um ordenamento jurídico externo.

Revisitando a teoria dualista de TRIEPEL³⁴⁴ encontramos os argumentos nesta direção. Para este autor da escola internacionalista alemã, o Estado deverá recepcionar as normas de direito internacional no seu ordenamento jurídico quando essas se transformarão em normas de Direito interno, após incorporadas.³⁴⁵ Assim sendo, tais normas nunca entrarão em conflito, por emanarem de fontes completamente diferentes.³⁴⁶

Desta forma, seria impossível considerar a fonte do Direito Internacional como superior a uma fonte de Direito interno, ou vice-versa, pois a eficácia jurídica das normas determina que uma dependa da vontade da outra.³⁴⁷

Ocorre que, para Kelsen, se se considera a norma internacional juridicamente válida, assim como a norma interna o é, e, em sendo a ciência jurídica una, só poderiam

³⁴³ KELSEN, Hans; CAMPAGNOLO, Umberto, *Direito Internacional e Estado Soberano*, (trad. Marcela Varejão). 1ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.172-173.

³⁴⁴ TRIEPEL, Henrich, *Diritto Interno e Diritto Internazionale*. Torino, 1913, p.13-28.

³⁴⁵ *Ibid.*, p.170-171.

³⁴⁶ *Ibid.*, p.179-180.

³⁴⁷ *Ibid.*, p.255. [Tradução nossa]: “Ma è impossibile considerare la fonte del diritto Internazionale come superiore alla fonte del diritto interno o viceversa, nel senso specifico che l’efficacia giuridica delle norme stabilite dall’una dipenda dalla volontà dell’altra.”

ambas derivarem do mesmo pressuposto de validade. É o que depreendemos de seu pensamento ao analisar:

Do que especialmente se trata, ao determinar a relação existente entre Direito estadual e Direito internacional, é da questão de saber se podem existir conflitos insolúveis entre os dois sistemas de normas. Somente quando esta questão tenha de ser respondida afirmativamente é que fica excluída a unidade do Direito estadual e do Direito internacional. Neste caso, sim, só é efetivamente possível uma construção dualista ou pluralista das relações entre Direito estadual e Direito internacional. Mas, em tal hipótese, também não se pode falar de uma validade simultânea de ambos.³⁴⁸

Na verdade, parece-nos que o pensamento de Kelsen é coerente com sua teoria na qual uma norma busca a validade na norma superior seguinte. Dentro desta visão, Direito internacional e Direito estadual formam um sistema unitário no qual a relação entre eles tem de ajustar-se a uma de duas formas, encontradas, igualmente, no pensamento de Kelsen:

O Direito internacional tem de ser concebido, ou como uma ordem jurídica delegada pela ordem jurídica estadual e, por conseguinte, como incorporada nesta, ou como uma ordem jurídica total que delega nas ordens jurídicas estaduais, supra-ordenadas a estas e abrangendo-as a todas como ordens jurídicas parciais”.³⁴⁹ Seja como for, ambas interpretações representariam uma construção monista. “A primeira significa o primado da ordem jurídica de cada Estado, a segunda traduz o primado da ordem jurídica internacional.”³⁵⁰

Na síntese precisa de REZEK, encontramos de maneira didática a face a face destas duas correntes de pensamento.³⁵¹ Extrai-se de seu pensamento analítico que os dualistas, com efeito, enfatizam a diversidade das fontes de produção das normas jurídicas, lembrando sempre os limites de validade de todo direito nacional, e observando sempre os limites de validade de todo direito nacional, e observando que a norma do direito das gentes não opera no interior de qualquer Estado senão quando este, por tê-la aceito, promove sua introdução no plano doméstico.³⁵² Já os monistas kelsenianos voltam-se para a perspectiva ideal de que se instaure um dia a ordem única, e denunciam, desde logo, à luz da realidade, o erro da ideia de que o Estado tenha podido outrora, ou possa hoje, sobreviver numa situação de hostilidade

³⁴⁸ Hans Kelsen, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, Op. cit., p.365.

³⁴⁹ Hans Kelsen, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p.369-370.

³⁵⁰ Ibid.

³⁵¹ Francisco Rezek, *Direito Internacional Público*, op. cit., p.27.

³⁵² Ibid., p.27.

ou indiferença ao conjunto de princípios e normas que compõem a generalidade do direito das gentes.³⁵³

REZEK cita ainda a teoria monista nacionalistas, explicando que os monistas da linha nacionalista dão relevo especial à soberania de cada Estado e à descentralização da sociedade internacional. Propendem, desse modo, ao culto da constituição, afirmando que no seu texto, ao qual nenhum outro pode sobrepor-se na hora presente, há de encontrar-se notícias do exato grau de prestígio a ser atribuído às normas internacionais escritas e costumeiras; sendo certo que, pouquíssimos autores, fora do contexto soviético, comprometeram-se doutrinariamente com o monismo nacionalista, não menos certo é que essa ideia norteia as convicções judiciais em inúmeros países do ocidente – incluídos o Brasil e os Estados Unidos da América –, quando os tribunais enfrentam o problema do conflito entre normas de direito internacional e de direito interno.³⁵⁴

Para ACCIOLY, NASCIMENTO e CASELLA, no Brasil, as duas teorias acima descritas não foram aplicadas na sua forma pura, ganhando interpretações que lhes descaracterizaram o sentido original, cunhando-se, ainda, novas expressões para designar suas modalidades, a saber: dualismo extremado e moderado e monismo radical e moderado.³⁵⁵

Nas modalidades moderadas, tanto do monismo quanto do dualismo, em verdade subverteram-se ambas as teorias, por terem sido suprimidas etapas que as integravam de forma essencial. O dualismo dividiu-se em radical, em que há necessidade de edição de lei distinta para a incorporação do tratado à ordem jurídica nacional, na forma original proposta por C. H. TRIEPEL (1923),³⁵⁶ e em dualismo moderado, no qual a incorporação prescindiria de lei, embora se faça mediante procedimento complexo, com aprovação congressional e promulgação executiva.³⁵⁷

No sistema brasileiro, o monismo encontra, igualmente, duas vertentes: radical e moderado. O radical pregaria a primazia do tratado sobre a ordem jurídica interna, e o moderado procederia à equiparação hierárquica do tratado à lei ordinária, subordinando-o à Constituição e à aplicação do critério cronológico, em caso de conflito com a norma

³⁵³ *Ibidem*, p.27.

³⁵⁴ *Ibidem*.

³⁵⁵ ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*, 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, op. cit., p.232.

³⁵⁶ Carl Heinrich TRIEPEL, *Les rapports entre le droit interne e le droit internacional* (RCADI, 1923, t. 1, p.73, 122, *apud* ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, Paulo Borba, *Manual de Direito Internacional Público*, op. cit.

³⁵⁷ Cf. ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, Paulo Borba, *Manual de Direito Internacional Público*, op. cit., p. 232.

superveniente. De notar-se que, o monismo moderado, tal como se aplica no Brasil, representa o segundo momento do dualismo, quando a norma já incorporada poderá ou não colidir com a norma interna, o que é falso problema, porque a norma incorporada segundo o sistema dualista, ao entrar no ordenamento jurídico, passa a pertencer a este e enquadrar-se nas hipóteses de análise pertinente às demais leis.³⁵⁸

Por tais razões, ao estudar o tema monismo e dualismo, BINENBOJM conclui que no Brasil, a discussão hoje é irrelevante. Para o autor, a dicotomia entre monistas e dualistas, após a sua mitigação, gerou sistemas híbridos [o monismo moderado e o dualismo moderado, acima apontados] que se classificam por critérios distintos, mas possível de se classificar o sistema brasileiro, sem qualquer contradição, em monista moderado ou dualista moderado, observando-se a possibilidade do emprego de critérios distintos conduzirem a um mesmo sistema de classificações diversas.³⁵⁹ Nas suas conclusões:

De fato, sob a ótica da necessidade de mecanismos de internalização dos tratados internacionais na ordem jurídica nacional, o sistema brasileiro classifica-se, conforme recentemente proclamado pelo STF, como **dualista moderado**. Não se chega a exigir a edição de uma lei interna, reproduzindo total ou parcialmente o texto do tratado, o que configuraria uma postura dualista extremada; nada obstante, o decreto legislativo – que veicula a aprovação do Congresso Nacional –, acoplado ao decreto presidencial de promulgação, constituiriam fonte normativa interna e autônoma em relação ao tratado.

Já sob o prisma da admissibilidade de conflitos entre o direito interno e o internacional, bem como dos critérios para sua solução, é possível afirmar, com a chancela da doutrina pátria, que o sistema jurídico brasileiro é **monista moderado**. Neste caso, o decreto legislativo e o decreto presidencial de promulgação representariam uma mera “ordem de execução” – com ou sem ressalvas – do próprio tratado, que vigeria no Brasil, efetivamente, como fonte normativa internacional.

A veracidade da tese se comprova pelo fato de que a opção por uma ou outra classificação em nada altera os critérios jurídicos para o equacionamento das relações entre o ordenamento jurídico interno e os tratados internacionais. Tudo a corroborar que, no Brasil, ao menos do ponto de vista prático, a dicotomia monismo *versus* dualismo se revela afinal irrelevante.³⁶⁰ [negrito do autor]

Os tribunais brasileiros trataram da questão diversas vezes, notadamente pela legislação brasileira nada esclarecer sobre o tema, tendo assim papel fundamental no posicionamento adotado pelo País, além das variações apontadas pelos autores citados, mas

³⁵⁸ Ibid., p. 232-233.

³⁵⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Monismo e Dualismo no Brasil: uma dicotomia afinal irrelevante*, Revista da EMERJ, v. 3, n. 9, (180-195), 2000, p. 193-194.

³⁶⁰ Ibid., p. 194-195.

especialmente no que tange ao entendimento das teorias monistas e dualistas, conforme ainda se desenvolverá nos itens abaixo.³⁶¹

1.3 HIERARQUIA DOS TRATADOS COMUNS NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não estabeleceu com clareza a posição hierárquica dos tratados internacionais perante o direito interno. Desta feita, não possuindo o ordenamento jurídico brasileiro norma geral que determine a hierarquia dos tratados e leis internas após a ratificação e incorporação daquele,³⁶² acabou por restar tal incumbência à doutrina e jurisprudência, questão que poderia ter competido ao poder constituinte originário ou derivado.

Destacou-se acima que, à falta de norma doméstica que esclareça o posicionamento dos documentos internacionais na ordem interna, trouxe o debate para os tribunais e para a doutrina, os quais, ao analisarem a questão, valem-se das teorias que buscam explicar o fenômeno: dualismo e monismo.

Viu-se comparativamente ainda, e apenas para exemplificar, que a Constituição portuguesa ao reconhecer as normas de direito internacional estabelece o princípio de que as “normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português” (cfr. art. 8º./1). Representando, de um modo geral com o significado de que o direito internacional faz parte do direito interno,³⁶³ sendo este fenômeno reconhecido como *recepção automática*.

Entretanto, muito embora a doutrina da recepção automática pareça simplificar e agilizar a aplicação da norma internacional, resta ainda saber qual o valor jurídico das normas do direito internacional geral em face do direito interno, vez que, o reconhecimento da recepção automática do direito internacional comum não significa proclamar a superioridade das normas de direito internacional perante as normas de direito interno.

³⁶¹ Cf. Parte 2, capítulo 1, item 1.3.1, Supremo Tribunal Federal e o RE 80.004, deste trabalho, parte final do referido item.

³⁶² Exceção para os tratados internacionais que versem sobre Direitos Humanos e adquiram o status de Emenda Constitucional, após a reforma constitucional de 2004 (EC-45/2004), conforme se verá; bem como os tratados em matéria tributária, segundo previsão do art. 98 do CTN que lhes dá primazia sobre a lei interna.

³⁶³ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *DIREITO CONSTITUCIONAL e Teoria da Constituição*. 7ª ed. (4ª Reimpressão). Almedina, 2003, p. 819.

A este respeito, e a avaliação é de Canotilho, faltaria no texto constitucional português uma norma como a da *Grundgesetz* alemã (art.25º),³⁶⁴ onde, depois de se afirmar, como no art. 8º da Constituição portuguesa, que as normas do direito internacional geral são parte integrante do Direito federal, se acrescenta que essas normas – do direito internacional geral – prevalecem sobre as leis, criando, de forma direta, direitos e obrigações para os habitantes do território federal.³⁶⁵

Surge então, a necessidade e importância prática, de se compreender qual a posição hierárquica tem um tratado na ordem interna. Com isso, o presente tópico visa compreender as possíveis posições hierárquicas de um tratado internacional comum na ordem interna, como o Supremo Tribunal Federal se posiciona diante do tema, notadamente diante do silêncio constitucional brasileiro já mencionado, e, por via de consequência, revisitar brevemente o tópico anterior afim de se demonstrar em qual corrente doutrinária, se monista ou dualista, o reflexo jurisprudencial da Suprema Corte, acaba por inserir o Estado brasileiro.

Na lição de Miguel GALVÃO TELES, a não atribuição expressa na Constituição, de um valor específico às normas de direito internacional geral, poderão levar a várias situações quanto ao valor destas normas, a saber: (1) *valor constitucional*: as normas de direito internacional geral fariam parte integrante do direito constitucional e a sua violação desencadearia o fenômeno da inconstitucionalidade; (2) *valor infraconstitucional mas supralegislativo*: as normas de direito internacional geral não podem valer contra a Constituição, mas têm primazia hierárquica sobre o direito interno anterior e posterior, devendo os tribunais ou quaisquer outros órgãos aplicadores do direito recusar-se a aplicar o direito interno contrário ao direito internacional geral; (3) *valor equivalente ao das leis*: podendo revogar atos legislativos anteriores a ser revogados por leis posteriores; (4) *valor supracostitucional*: como expressamente estatui a Constituição holandesa, em que as normas de direito internacional têm primazia sobre as normas constitucionais.³⁶⁶

Apresentado estes possíveis cenários em que, um tratado na ordem interna pode ter valor constitucional, infraconstitucional mas supralegal, ser equivalente às leis, ou ainda, estar acima da própria Constituição do Estado – valor supracostitucional; cumpre ressaltar

³⁶⁴ Artigo 25 [Preeminência do direito internacional] As regras gerais do direito internacional público são parte integrante do direito federal. Sobrepõem-se às leis e constituem fonte direta de direitos e obrigações para os habitantes do território federal. Cf. ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha* (23 de maio de 1949).

³⁶⁵ J. J. Gomes Canotilho, *DIREITO CONSTITUCIONAL e Teoria da Constituição*. 7ª ed. (4ª Reimpressão). Almedina, 2003, p.820.

³⁶⁶ Miguel Galvão Teles, *Eficiência dos tratados na Ordem Interna Portuguesa (condições, termo, limites)*, Lisboa, 1976, p.42 e ss.

que, por mais que se encontrem exemplos de cada uma destas modalidades no direito comparado – e algumas delas no Direito brasileiro –, este valor, irá sempre depender da atribuição que lhe der a própria Constituição de cada Estado. Daí porque a observação de REZEK ao recordar que “o primado do direito das gentes sobre o direito nacional do Estado soberano é ainda hoje uma proposição doutrinária. Não há, em direito internacional positivo, norma assecuratória de tal primado”.³⁶⁷

Justamente por tal razão, mais se conhecerá acerca do Estado participante de um documento internacional e o valor que este lhe atribuí diante de seu ordenamento, tanto quanto sua Constituição for mais clara neste ponto.

Tome-se como mais um exemplo alienígena no qual, a Constituição política da Argentina de 1994, em se art. 75, §22, primeira parte, afirma expressamente que os tratados têm hierarquia superior à das leis:

Artigo 75.- Compete ao Congresso:

22. Aprovar ou rejeitar tratados concluídos com outras nações e com organizações internacionais e concordatas com a Santa Sé. **Os tratados e as concordatas têm uma hierarquia superior à das leis.**³⁶⁸ [negrito nosso] [tradução nossa]

Observando a lição de Miguel GALVÃO TELES acima apontada, tem-se que os tratados internacionais na ordem interna argentina estão acima das leis, *i.e.*, são tidos por valor hierárquico supralegal, estando, pois, os tratados comuns abaixo da Constituição, mas acima das leis. Diz-se dos tratados comuns, pois a segunda parte do mesmo parágrafo 22 é, não apenas expresso, como analiticamente claro, ao mencionar os tratados com valor hierárquico constitucional. De ver-se:

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; a Declaração Universal dos Direitos Humanos; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos; o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e o seu Protocolo Facultativo; Convenção sobre Prevenção e Punição do Crime de Genocídio; Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Punições Cruéis, Desumanos ou Degradantes; a Convenção sobre os Direitos da Criança; nas condições de sua validade, eles **têm uma hierarquia constitucional, não revogam qualquer artigo da primeira parte desta Constituição e devem ser entendidos como complementares aos direitos e garantias reconhecidos por ela.** Eles só

³⁶⁷ Francisco Rezek, *Direito Internacional Público*, op. cit., p. 126-127.

³⁶⁸ Cf. Constitución Nacional Argentina, op., cit.

podem ser denunciados, quando apropriado, pelo Poder Executivo nacional, com a aprovação prévia de dois terços de todos os membros de cada Câmara. Os outros tratados e convenções sobre direitos humanos, depois de aprovados pelo Congresso, exigirão o voto de dois terços da totalidade dos membros de cada Câmara para desfrutar da hierarquia constitucional.³⁶⁹ [negrito nosso] [tradução nossa]

Assim, percebe-se que o texto constitucional argentino,³⁷⁰ pós reforma, enaltece os documentos internacionais de direitos humanos, já internalizados, a nível Constitucional ao mesmo tempo em que proscreve a alteração do texto Constitucional por estes e dita o *iter* pelo qual novos tratados sobre direitos humanos devem percorrer para que venham a gozar igualmente de hierarquia constitucional.

Outra Constituição que atribui aos tratados internacionais hierarquia superior a das leis é a francesa:

ARTIGO 55°. Os tratados ou acordos regularmente ratificados ou aprovados têm, a partir da sua publicação, autoridade superior à das leis, sujeito, para cada acordo ou tratado, à sua aplicação pela outra parte.³⁷¹ [grifo nosso]

Na verdade, a Constituição francesa de 1958 consta até mesmo com uma cláusula de adaptação da norma constitucional, na eventualidade de conflito com tratado internacional. O que pode servir de cláusula de proteção, revela uma animável postura à abertura internacional:

ARTIGO 54° Se o Conselho Constitucional, convocado pelo Presidente da República, Primeiro Ministro, presidente de uma ou de outra assembleia ou sessenta deputados ou sessenta senadores declara que um acordo internacional comporta uma cláusula inconstitucional, a autorização de

³⁶⁹ Ibidem. Daí compreende-se melhor o artigo 31 da Carta argentina que afirma serem a Constituição, as leis do Congresso e os tratados, a lei suprema da nação: “Artículo 31.- Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859”.

³⁷⁰ Não falta na doutrina, especialmente entre os internacionalistas, o reconhecimento positivo da abertura das constituições à ordem internacional, no que tange a adaptação de seus textos para tanto: “No plano jurídico, a reforma constitucional de 1994, que positivou a supremacia do tratado em relação ao ordenamento jurídico interno, nos termos do inovador artigo 75, incisos 22 e 24, constitui formidável exemplo de superação dogmática, em que a hegemonia das idéias e a necessidade de abertura e inserção internacionais prevalecem em relação ao anacrônico e insustentável isolamento jurídico”, cf.: Jorge Fontoura, O Avanço Constitucional Argentino e o Brasil, Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 34, 2000, p. 46.

³⁷¹ Cf. *Constituição da Quinta República Francesa*, op. cit.

ratificar ou aprovar o acordo internacional referido pode intervir apenas após revisão da Constituição.³⁷²

No caso brasileiro, a Constituição deixa claro que os tratados aqui se encontram sujeitos ao controle de constitucionalidade. Na dicção do art.102 da Carta brasileira, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal (art.102, III, *b*). No entanto, a falta de emprego de uma linguagem direta apenas afirma a posição destes documentos internacionais comuns abaixo da Constituição a exemplo dos demais componentes infraconstitucionais do ordenamento jurídico. Não há, na Constituição brasileira, norma expressa que afirme a posição hierárquica dos tratados internacionais comuns ratificados pelo Estado.

Para PIOVESAN, a dicção do art. 102, III, *b*, da Constituição brasileira, permite a conclusão de que os demais tratados internacionais (os que não versam direitos humanos) gozam de hierarquia infraconstitucional, por se submeterem ao controle de constitucionalidade via Recurso Extraordinário, o que não é polêmico até este ponto. Questão maior surge quando a doutrinadora sustenta serem estes mesmos tratados infraconstitucionais em hierarquia, porém supralegais, estando acima das leis brasileiras. A destacada jurista firma seu posicionamento tendo como base o princípio da boa-fé, vigente no direito internacional (o *pacta sunt servanda*), que tem como reflexo o já mencionado art. 27 da Convenção de Viena, segundo o qual não cabe ao Estado invocar disposições de seu Direito interno como justificativa para o não cumprimento de tratado.³⁷³

Em que pese a lógica do raciocínio, se verá em tópico posterior que, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal (R.E. n. 80.004/1977), os tratados internacionais comuns têm, na ordem interna brasileira, a mesma hierarquia jurídica das leis federais, sendo, portanto, aplicável o princípio de que a ‘lei posterior revoga a lei anterior que com ela seja incompatível’.

Entretanto, não são todos os tratados internacionais incorporados que serão tidos hierarquicamente por leis – valor equivalente ao das leis. Basta observar os tratados internacionais de direito tributário.

³⁷² Ibid., *Constituição da Quinta República Francesa*. – “ARTICLE 54. Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier ministre, par le président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution.”

³⁷³ Cf. *Direitos humanos e o direito Constitucional Internacional*, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 122.

O artigo 98 do Código Tributário Nacional (CTN), assim prescreve:

Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.³⁷⁴

Encontra-se na doutrina a afirmação de que a exegese correta para este dispositivo do Código Tributário Nacional (CTN) é a seguinte³⁷⁵: o CTN tem estatura de norma complementar recebida pela Suprema Corte brasileira por conta do fato de o Congresso Nacional, após a Constituição de 1988, não haver ainda legislado complementarmente para normatizar as regras gerais de direito tributário (art. 146, III). Pelo fato do Código Tributário ser norma complementar, enfatiza-se que tal complementariedade é decisiva para que se possa fugir à regra geral de que tratados e leis, perante a Constituição Federal/88, serem dotados da mesma hierarquia.³⁷⁶ Além disso, sendo o tratado tributário posterior à lei tributária interna, o primeiro afasta a aplicabilidade desta; estando em vigor o tratado de direito tributário, deve o legislador nacional observar os seus termos, a fim de que não positive projeto de lei tributária que venha afrontar os dispositivos do pacto preexistente, mas, caso o legislador nacional insista na referida positividade doméstica, então deverão os aplicadores do direito afastar a aplicabilidade da lei brasileira posterior.

Na mesma linha vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça, órgão igualmente responsável para decidir sobre o conflito entre o tratado e uma norma constitucional ou lei interna, seja lei federal em única ou última instância nos termos do o art.105, III, *a*,³⁷⁷ da Constituição Federal de 1988, via Recurso Especial:

STJ. RESP 209.526 / Rio Grande do Sul, de 18/04/2000

³⁷⁴ BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Lei nº. 5.172 de 25 de outubro de 1966.

³⁷⁵ Alexandre Coutinho Pagliarini, *A teoria da aproximação entre o Direito Constitucional e o Internacional*. In: DE LUCCA, Newton, et. al. *Direito Constitucional Contemporâneo – Homenagem ao Professor Michel Temer*, op. cit., p. 33 et seq.

³⁷⁶ De fato, na obra *Do Processo Legislativo*, encontra-se a seguinte observação do Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “Da inserção da lei complementar entre a Constituição e a lei ordinária decorrem consequências inexoráveis e óbvias. Em primeiro lugar, a lei complementar não pode contradizer a Constituição. Não é outra forma de emenda constitucional, embora desta se aproxime pela matéria. Daí decorre que pode incidir em inconstitucionalidade e ser, por isso, inválida. Em segundo lugar, a lei ordinária, o decreto-lei e a lei delegada estão sujeitos à lei complementar. Em consequência disso não prevalecem contra ela, sendo inválidas as normas que a contradisserem” – *O Processo Legislativo na Constituição Brasileira de 1988*, Cap. III, in: Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Do processo legislativo*, op. cit., p. 270-71. No mesmo sentido no trecho citado, cf. Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, São Paulo, 1967, t. 3, p. 137, e, cf. Miguel Reale, *Parlamentarismo brasileiro*, São Paulo, 1962, p. 112.

³⁷⁷ *In verbis*: “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: (...) III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: *a*) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência [...]”

Ementa: TRIBUTÁRIO. IMPORTAÇÃO. TRIGO EM GRÃO. FIXAÇÃO DA ALÍQUOTA. PORTARIA MINISTERIAL Nº 939/91. IMPOSSIBILIDADE. CTN, ART. 98. PRECEDENTES.

1. O art. 98/CTN não admite a revogação de tratado pela legislação tributária antecedente ou superveniente.

2. Não é lícito ao Poder Executivo, mediante simples portaria, fixar alíquota superior à estabelecida em acordo internacional.

3. Recurso especial conhecido e provido.

Insurge-se a recorrente contra acórdão que, fundando-se no parecer do M.P. Federal, manteve a sentença denegatória de segurança impugnando a incidência da alíquota estabelecida na Portaria n. 938/91 na importação de trigo em grão da Argentina.

Observo que alguns diplomas legais invocados pela recorrente estão expressamente referidos no parecer encampado pelo acórdão (Leis 3244/57 e 63/66), estando assim satisfeito o requisito do prequestionamento quanto a eles. Demais disso, foram apontados arestos dissidentes, inclusive desta Corte, configurando-se a alegada divergência jurisprudencial.

Em verdade, admitindo a possibilidade da fixação da alíquota do imposto de importação sobre o trigo em grão pela Portaria n. 938/91, o acórdão regional está em desacordo com a orientação traçada pelas duas Turmas integrantes da Eg. 1ª Seção desta Corte, como exemplificam as seguintes ementas (...) ³⁷⁸

Em síntese, há de ser observado o disposto no art. 98 do CTN, que “expressão a hierarquia do tratado sobre legislação tributária antecedente ou superveniente”, como acentuou o inesquecível tributarista Aliomar Baleeiro (Direito Tributário Brasileiro, Forense, 1970, 1ª ed., p. 364).

À vista do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para conceder a segurança. ³⁷⁹

Desta forma, se reconhece no ordenamento brasileiro, além da citada equivalência hierárquica entre tratados internacionais comuns e leis ordinárias nacionais, também a possibilidade de suprallegalidade do tratado internacional quando este versar sobre matéria tributária.

Embora tenhamos todo um capítulo próprio para falar sobre os tratados internacionais de Direitos Humanos, o momento impõe ao menos a menção desta figura de supra importância para este trabalho. Em que pese o foco no presente tópico ser a hierarquia dos tratados comuns, ao se mencionar a questão da suprallegalidade dos tratados é preciso registrar que, com o julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343/SP, de Relatoria do Min. Cezar Peluso, o Supremo Tribunal Federal definiu a tese da suprallegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos que sejam internalizados pelo direito pátrio, mas que não tenham percorrido o *iter* procedimental do §3º do art. 5º da Constituição

³⁷⁸ Resp. 104.566/SP, Rel. Min. Peçanha Martins, *DJ* 07.06.99; Resp. 139.709/SP, Rel. Min. Garcia Vieira, *DJ* 16.03.98; Resp. 105.048/SP, Rel. Min. Gomes de Barros, *DJ* 26.05.97.

³⁷⁹ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial nº 209.526 – Rio Grande do Sul*, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins – *DJ* de 18-4-2000.

Federal.³⁸⁰ Assim, foi superado o entendimento anterior de que os tratados, ainda que versassem sobre direitos humanos, teriam a mesma estatura normativa das leis ordinárias, prevalecendo a tese de que os tratados internacionais sobre direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem status supralegal. Com isso, torna-se “inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação e que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7)”.³⁸¹ Conforme se verá mais detidamente em capítulo próprio.³⁸²

Encontra-se ainda na doutrina, duas observações relevantes no que concerne a leis nacionais e tratados de mesma hierarquia, quais sejam: tratados sobre transportes internacionais e tratados de extradição.

Observe-se que o art. 178, caput da atual Constituição brasileira prescreve que “a lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade”. É de fácil interpretação que, com esta redação, a Carta estabeleceu que a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre se dê por lei do Congresso Nacional que disporá sobre os assuntos elencados de maneira soberana. Entretanto, e a observação é de PAGLIARINI, ressaltou o constituinte uma parte: a lei brasileira não poderá dispor ilimitadamente acerca da ordenação do transporte internacional. Há, portanto, dois regimes sobre ordenação de transportes: 1) a lei interna disporá com ampla liberdade acerca da ordenação dos transportes nacionais em território brasileiro; 2) a lei interna não disporá com ampla liberdade sobre a ordenação do transporte internacional, pois deverá respeitar os tratados internacionais.³⁸³

Já no tocante aos tratados de extradição, a norma constitucional pátria que dita regras gerais sobre extradição é a Lei 6.815/80, conhecida como Estatuto do Estrangeiro, sendo os tratados bilaterais os veículos introdutórios de normas especiais de extradição – e,

³⁸⁰ Cf. Art. 5º, § 3º, da CF, na versão da EC n. 45/2004 (“Reforma do Judiciário”), “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”.

³⁸¹ Cf. Gilmar Ferreira Mendes; Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit., p. 1151.

³⁸² Cf. Parte 2, capítulo 2, item 2.3 deste trabalho.

³⁸³ Alexandre Coutinho Pagliarini, *A teoria da aproximação entre o Direito Constitucional e o Internacional*, op. cit., p. 33.

como sabemos, *Lex specialis derogat generali*. Portanto, as normas de tratado de extradição que obriga dois países podem ser inseridas no contexto normativo de lei especial.³⁸⁴

No que tange a classificação doutrinária dos tratados com hierarquia *supraconstitucional* exemplificada por Miguel Galvão Teles no começo do tópico, a própria doutrina internacionalista reconhece a dificuldade desta possibilidade ante o primado da supremacia da Constituição.

Na expressão de REZEK:

Difícilmente uma dessas leis fundamentais desprezaria, neste momento histórico, o ideal de segurança e estabilidade da ordem jurídica a ponto de subpor-se, a si mesma, ao produto normativo dos compromissos exteriores do Estado. Assim, posto o primado da constituição em confronto com a norma *pacta sunt servanda*, é corrente que se preserve a autoridade da lei fundamental do Estado, ainda que isto signifique a prática de um ilícito pelo qual, no plano externo, deve aquele responder.³⁸⁵

A este respeito, FERREIRA FILHO, demonstrando sua habitual capacidade de muito explicar em poucas palavras, após análise interdisciplinar com a Teoria do Estado sobre os elementos do Estado – povo, território, poder, soberania e autonomia³⁸⁶ – tece seus comentários no que concerte a ordem internacional, acerca do que ora se analisa:

É notório o fato de existir, hoje, uma forte tendência a sujeitar os Estados a uma autoridade, ou se se quiser, a uma ordem internacional. Essa tendência integradora tem hoje uma força e uma amplitude que nunca se manifestou antes na História. Sem dúvida, o primeiro impulso que nela se fez presente é a velha necessidade de segurança que sempre através dos tempos levou os Estados a aliarem-se uns aos outros. A unificação do globo produzida pelo progresso dos meios de comunicação, o sentimento de interdependência resultante do intercâmbio econômico, a aproximação das culturas, o reconhecimento da igualdade da natureza humana etc., tudo isso contribui para a integração internacional. Não chegou esta, porém, a firmar o princípio da supremacia da ordem internacional em outra base que não a da voluntária submissão dos Estados.³⁸⁷

³⁸⁴ Ibid. Hoje, a Lei 6.815/80 encontra-se revogada pela Lei 13.445/2017 – Lei de Migração.

³⁸⁵ Francisco Rezek, *Direito Internacional Público*, op. cit., p. 127.

³⁸⁶ Na lição de Sampaio Dória: “O poder que dita, o poder supremo, aquele acima do qual não haja outro, é a soberania. Só esta determina a si mesma os limites de sua competência. A autonomia, não. A autonomia atua dentro de limites que a soberania lhe tenha prescrito”. Cf. Antônio de Sampaio Dória, *Direito Constitucional*, 3. ed., São Paulo, Ed. Nacional, 1953, t. 2, p. 7.

³⁸⁷ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*, 38ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 77-78.

Por tudo que se disse até aqui, identificam-se, claramente, momentos distintos com relação a discussão entre fontes de origem internacional – tratados – e fontes de origem interna – as leis. O primeiro momento diz respeito à **incorporação** das fontes internacionais ao ordenamento jurídico interno. O segundo diz respeito a sua **posição hierárquica** nesse ordenamento – e somente se passa para esse segundo momento se as normas internacionais já estiverem incorporadas –, quando então perguntar-se-á se são superiores à norma interna ou equiparados no mesmo nível da legislação interna.³⁸⁸

Com isto, ao se estabelecer a necessidade de incorporação, independentemente da posição que assumirá posteriormente a norma, “adota o direito brasileiro certa forma de dualismo, na modalidade moderada”. Sendo que, apenas depois de incorporadas ao ordenamento jurídico interno, podem as normas de origem internacional criar direitos e deveres aos particulares, ainda que antes disso tenha o estado em relação aos seus contratantes assumido suas obrigações no plano internacional, por ratificação e depósito do instrumento próprio.³⁸⁹

Após as exposições doutrinárias sobre o tema da hierarquia, bem como, do reconhecimento da inexistência de norma semelhante ao que se viu comparativamente com outros ordenamentos no corpo da Constituição brasileira de 1988 que determine a posição dos tratados internacionais na ordem interna, restou ao Supremo Tribunal Federal o enfrentamento oportuno do tema.

1.3.1 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O RE 80.004

De setembro de 1975 a junho de 1977 estendeu-se, no plenário do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do Recurso Extraordinário 80.004, em que assentava por maioria a tese de que, ante a realidade do conflito entre tratado e lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano, deve ter sua prevalência garantida pela justiça – não obstante as consequências do descumprimento do tratado, no plano internacional.

³⁸⁸ ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, Paulo Borba, *Manual de Direito Internacional Público*, op. cit., p. 233.

³⁸⁹ Ibid.

Destaca-se que até 1977, antes do Recurso Extraordinário que se observa, a posição da Suprema Corte brasileira construiu sua jurisprudência no sentido de dar primazia ao tratado quando este conflitasse com uma norma interna, fosse ela anterior ou posterior ao documento internacional. Consagrava-se assim, a primazia do Direito Internacional sobre o Direito interno:

Philadelpho Azevedo já publicara, em 1945, quando ainda Ministro do STF, comentário em que demonstrava a convicção unânime da Suprema Corte, àquela época, quanto à prevalência dos tratados internacionais sobre o Direito interno infraconstitucional.³⁹⁰

Observava-se assim, a prevalência dos tratados sobre o direito interno infraconstitucional.

No entanto, fora do período acima apontado, temos a atual Constituição Federal de 1988, que estabeleceu os órgãos responsáveis para decidir sobre o conflito entre o tratado e uma norma constitucional ou lei interna, seja lei federal em única ou última instância sendo: o Supremo Tribunal Federal (STF), na forma de Recurso Extraordinário, de acordo com o art. 102, III, *b*; e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em Recurso Especial, segundo o art.105, III, *b*. Entretanto, nenhuma das normas citadas determina qual norma – se a de Direito Internacional ou de Direito interno – deverá prevalecer.³⁹¹

Com isso, diante da lacuna constitucional apontada, evidencia-se uma vez mais o papel primordial da doutrina e da jurisprudência diante da possibilidade de conflito de fontes internacionais com as fontes internas.

O julgamento do recurso mencionado é considerado polêmico pela doutrina, por esta reviravolta que deu na jurisprudência da Suprema Corte brasileira, sendo que, muitos doutrinadores se manifestam contra a decisão do Supremo Tribunal Federal e outros a favor, o que acabou por representar o julgamento do RE 80.004 um divisor de águas.

Por exemplo, Celso ALBUQUERQUE MELLO:

³⁹⁰ Cf. Philadelpho Azevedo, *Os tratados e os interesses privados em face do direito brasileiro*; BSBDI (1945), v.1, p.12-29, *apud*, MAZZUOLI, Valério Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

³⁹¹ *In verbis*: “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;” (...)“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;”

A tendência mais recente no Brasil é a de um verdadeiro retrocesso nesta matéria. No Recurso Extraordinário n. 80.004, decidido em 1977, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que uma lei revoga o tratado anterior. Esta decisão viola também a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969) que não admite o término de tratado por mudança de direito superveniente.³⁹²

E, destacando posição contrária, Jacob DOLINGER:

Hans Kelsen, que deu ao monismo jurídico sua expressão científica definitiva, advogava a primazia do direito internacional sobre o direito interno por motivos de ordem prática: a primazia do direito interno acarretaria o despedaçamento do direito e, conseqüentemente, sua negação. De acordo com a teoria kelseniana, a ordem jurídica interna deriva da ordem jurídica internacional como sua delegada. Essa foi a posição abraçada pelos internacionalistas brasileiros, tanto os publicistas como os privatistas, e que era geralmente aceita pelos Tribunais brasileiros, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, até que, em 1977, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 80.004, a Suprema Corte modificou seu ponto de vista, admitindo a derrogação de um tratado por lei posterior, posição que vem sendo criticada pela doutrina pátria. Esta nova posição da Excelsa Corte brasileira enraizou-se de tal maneira que o Ministro José Francisco Rezek pronunciou-se recentemente de forma assaz e contundente, dizendo da 'prevalência à última palavra do Congresso Nacional, expressa no texto doméstico, não obstante isto importasse o reconhecimento da afronta, pelo país, de um compromisso internacional. Tal seria um fato resultante da culpa dos poderes políticos, a que o Judiciário não teria como dar remédio'.³⁹³

O Recurso Extraordinário n. 80.004 foi interposto, por Belmiro da Silveira Goés contra Sebastião Leão Trindade, na vigência ainda da Constituição Federal de 1967, com fulcro no art. 114, III, *b* e *d*, daquela Carta.³⁹⁴ A discussão versava sobre a validade ou não de uma nota promissória assinada pelo recorrente, vez que esta não teria sido devidamente registrada pelo recorrido para ser eficaz, de acordo como exigia o Decreto Lei 427/69. O

³⁹² Celso D. Albuquerque Mello, *Curso de Direito internacional público*. 6. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979, p. 70. Ou ainda, em outra obra do mesmo autor, ao descrever que, no Brasil existem diversos acórdãos consagrando o primado do DI [Direito Internacional], como é o caso da União Federal v. Cia. Rádio Internacional do Brasil (1951) em que o Supremo Tribunal Federal decidiu unanimemente que um tratado revogava as leis anteriores (Apelação Cível nº 9.587). [...]. Entretanto, houve no Brasil um verdadeiro retrocesso no Recurso Extraordinário no 80.004, decidido em 1978, em que o STF decidiu que uma lei revoga tratado anterior. Esta decisão viola também a convenção de Viena sobre direito dos tratados (1969) que não admite o término de tratado por mudança de direito superveniente. Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Constitucional Internacional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 366.

³⁹³ Jacob Dolinger (org.), *A nova Constituição e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987, p. 13.

³⁹⁴ BRASIL. *Constituição Federal de 1967*. "Art. 114. Compete ao Supremo Tribunal Federal: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas, em única ou última instância, por outros Tribunais, quando a decisão recorrida: b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; d) dar à lei federal interpretação divergente da que lhe haja dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal. – (Redação dada pelo Ato Institucional nº 6, de 1969).

recorrido moveu ação e perdeu em primeiro grau de jurisdição, mesmo sem ter feito o registro da nota promissória, tendo sido julgada improcedente por vício de forma, por faltar o cumprimento de requisito imposto pelo referido decreto. No recurso de apelação, o Tribunal Paulista reformou o julgamento por entender que a falta de registro era apenas uma formalidade e não requisito essencial para a validade do ato.³⁹⁵ Sendo assim, o apelado impetrou o Recurso Extraordinário perante o STF devido à divergência jurisprudencial. Eis a Ementa:

Ementa: CONVENÇÃO DE GENEVRA, LEI UNIFORME SOBRE LETRAS DE CAMBIO E NOTAS PROMISSÓRIAS, AVAL APOSTO A NOTA PROMISSÓRIA NÃO REGISTRADA NO PRAZO LEGAL, IMPOSSIBILIDADE DE SER O AVALISTA ACIONADO, MESMO PELAS VIAS ORDINÁRIAS. VALIDADE DO DECRETO-LEI N. 427, DE 22.01.1969. EMBORA A CONVENÇÃO DE GENEVRA QUE PREVIU UMA LEI UNIFORME SOBRE LETRAS DE CAMBIO E NOTAS PROMISSÓRIAS TENHA APLICABILIDADE NO DIREITO INTERNO BRASILEIRO, NÃO SE SOBREPÕE ELA AS LEIS DO PAÍS, DISSO DECORRENDO A CONSTITUCIONALIDADE E CONSEQUENTE VALIDADE DO DEC. LEI Nº 427/69, QUE INSTITUI O REGISTRO OBRIGATÓRIO DA NOTA PROMISSÓRIA EM REPARTIÇÃO FAZENDÁRIA, SOB PENA DE NULIDADE DO TÍTULO. SENDO O AVAL UM INSTITUTO DO DIREITO CAMBIÁRIO, INEXISTENTE SERÁ ELE SE RECONHECIDA A NULIDADE DO TÍTULO CAMBIAL A QUE FOI APOSTO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.³⁹⁶

Conforme o parecer do Procurador Geral da República, o mérito do recurso está em dois pontos: na validade do Decreto-Lei 427/69 frente à Convenção de Genebra sobre títulos cambiais [considerada Lei Uniforme] e a possibilidade de cobrança do título sem registro conforme o Decreto, bem como a responsabilidade do avalista em efetuar o pagamento. A conclusão do parecer, após longa fundamentação sobre apenas a validade ou não da obrigação do avalista, declara que se o título de crédito for nulo, não há que se falar em obrigação cambiária para o avalista. O parecer não aborda o conflito de leis declarando que o mesmo não foi objeto de pré-questionamento, desta forma, afirma o Procurador, não há o que recorrer sobre esse assunto.³⁹⁷

³⁹⁵ “O acórdão do Tribunal paulista seguiu a doutrina da primazia do direito internacional, diversamente do julgamento de primeiro grau que seguiu a corrente contrária – primazia do direito interno”. Cf. Patrícia Grazziotin Noschang, *A teoria de Triepel e o Recurso Extraordinário 80.004*. Revista Ius Gentium 2 (1): 97-114, 2009, p. 105-106.

³⁹⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário nº 80.004-SE*. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. Brasília, DF, 01 jun. 1977.

³⁹⁷ *Ibid.*, p. 920 e ss.

PIOVESAN manifesta-se no sentido de que, de fato, o entendimento firmado a partir do julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004 enseja um aspecto crítico, que é a sua indiferença diante das consequências do descumprimento do tratado no plano internacional, na medida em que autoriza o Estado-parte a violar dispositivos da ordem internacional – os quais se comprometeu a cumprir de boa-fé, além do que, igualmente na linha já apontada, esta posição afronta o disposto no art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que determina não poder o Estado-parte invocar posterior disposições de direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado.³⁹⁸ Tal princípio reitera a importância, na esfera internacional, do princípio da boa-fé, pelo qual cabe ao Estado conferir cumprimento às obrigações de tratado, com o qual livremente consentiu: “[...] ora, se o Estado, no livre e pleno exercício de sua soberania, ratifica um tratado, não pode posteriormente obstar seu cumprimento”.³⁹⁹ E ressalta ainda que, o término de um tratado está submetido à disciplina da denúncia, ato unilateral do Estado pelo qual manifesta seu desejo de deixar de ser parte de um tratado, vale dizer, em face do regime de Direito Internacional, apenas o ato da denúncia implica a retirada do Estado de determinado tratado internacional, assim, na hipótese da inexistência do ato da denúncia, persiste a responsabilidade do Estado na ordem internacional.⁴⁰⁰

FERREIRA FILHO, ao analisar igualmente o RE 80.004 esclarece que o posicionamento da Suprema Corte brasileira foi o de atribuir ao mesmo apenas a força de legislação ordinária, mas reconhece, contudo, o forte posicionamento contrário:

É forte, contudo, a tendência de entender que a norma de tratado, embora não possa mudar a Constituição, esteja imune à modificação por lei ordinária posterior. Em termos práticos, ficaria a norma oriunda de tratado num patamar intermediário entre a norma constitucional e a norma ordinária.⁴⁰¹

Analisando comparativamente o sistema português, nas lições de CANOTILHO, muitas normas de direito comunitário constituem o direito diretamente aplicável em todos os Estados membros, sem necessidade de qualquer ato interno – lei, decreto – de transformação [o que não é o nosso caso, como já se viu]. Perante estes atos normativos, questiona o autor se eles derogarão as leis portuguesas internas com disciplina contrária e

³⁹⁸ Flavia Piovesan, *Direitos humanos e o direito Constitucional Internacional*, op. cit., p. 124-125.

³⁹⁹ *Ibid.*

⁴⁰⁰ *Ibid.*

⁴⁰¹ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direitos Humanos Fundamentais*, op. cit., p.125.

se, por sua vez, as leis internas poderão posteriormente adotar disposições contrárias aos atos normativos primários das comunidades, respondendo na sequência que, atualmente é dominante a tese da primazia do direito comunitário.⁴⁰²

Prossegue o luso autor esclarecendo que os tratados institutivos das comunidades europeias e as disposições comunitárias dotadas de aplicabilidade direta constituem, com a adesão de Portugal à ordem jurídica comunitária, uma nova fonte normativa da ordem jurídico-constitucional portuguesa, em posição separada relativamente aos atos legislativos internos, podendo “desbancar” ou afastar estes com base nos princípios da especialidade e da competência prevalente.⁴⁰³ Por outras palavras, seria dizer que a normativa comunitária tem preferência ou prioridade aplicativa relativamente à legislação estatal.⁴⁰⁴

Esclarece ainda que, quando o princípio da especialidade não é suficiente, a doutrina mais recente afirma a superioridade do direito comunitário, traduzida na força ativa dos regulamentos comunitários – podendo revogar ou modificar leis – e na resistência passiva dos mesmos relativamente a leis posteriores internas, não podendo ser revogados nem modificados por estas. Observando-se, por fim, que o princípio da aplicação preferente significa tão somente prioridade de aplicação do direito comunitário, deixando imperturbada a validade da norma interna relativamente aos outros aspectos que não tem nada a ver com o direito comunitário.⁴⁰⁵

Por outras vias e, conseqüentemente mais restrito, mas ainda assim dando prevalência aos tratados sobre o direito interno infraconstitucional, escreve REZEK que não se coloca em dúvida, em parte alguma, a prevalência dos tratados sobre as leis internas anteriores à sua promulgação; sendo que em tal contexto, não seria preciso que o tratado recolhesse da ordem constitucional um benefício hierárquico, mas que, sua simples introdução no complexo normativo estatal faria operar, em favor dele, a regra *lex posterior derogat priori*.⁴⁰⁶

Mas é claro que, ao prever uma Constituição tal possibilidade, está se atribuindo valor hierárquico para garantir o compromisso internacional, apesar de leis posteriores que o contradigam, como já se exemplificou, no tópico acima, com a Constituição francesa de 1958 (art. 55). A Constituição da Grécia de 1975, oferece exemplo semelhante deste sistema:

⁴⁰² Cf. J. J. Gomes Canotilho, *DIREITO CONSTITUCIONAL e Teoria da Constituição*, op. cit., p.824-825.

⁴⁰³ No detalhamento do autor citado: A prevalência das normas comunitárias sobre as normas conflitantes de caráter interno sem que a prevalência implique ab-rogação das normas precedentes ou invalidade das normas sucessivas designa-se por técnica da prevalência de aplicação (*Anwendungsvorrang*).

⁴⁰⁴ *Ibid.*, p.825.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, p 825 e ss.

⁴⁰⁶ Francisco Rezek, *Direito Internacional Público*, op. cit., p. 128.

As regras de direito internacional geralmente aceitas, bem como os tratados internacionais após sua ratificação [...], têm valor superior a qualquer disposição contrária das leis – (art. 28, §1º).⁴⁰⁷

Observado este cenário comparativo, vê-se que a Constituição de cada país, ao estabelecer de pronto o valor hierárquico do tratado internacional na ordem interna, elimina a necessidade de análises mais alongadas na via judicial em eventual conflito, restando, no mais das vezes, a análise do critério cronológico do tratado comum, ante a lei doméstica, como destacado.

Sendo, na verdade, este o teor polêmico do Recurso Extraordinário 80.004, não apenas no que tange a equiparação dos tratados internacionais comuns às leis ordinárias, mas pela razão de, em assim procedendo, aplicar-se a regra *lex posterior derogat priori* numa sorte de solução de conflito cronológico de “lei versus lei”, pois, passando o tratado a integrar a legislação interna, depois de sua incorporação, encontra-se este em igualdade de condições às demais leis, e todas as incoerências que apresentar serão analisadas da mesma forma que aquelas surgidas em relação às demais leis.

Recuperando a discussão teórica acima, nas lições de ACCIOLY, NASCIMENTO e CASELLA, “o STF, ao decidir o RE 80.004, teve esse julgado, classificado pela doutrina, como exemplo de **monismo moderado**, momento, inclusive, do surgimento dessa terminologia”.⁴⁰⁸ [negrito do autor]

Embora a observação acima, nota-se que durante o julgamento do Recurso Extraordinário sob análise, em muito foi mencionada a teoria dualista de TRIEPEL⁴⁰⁹ que, como já se viu, é muito utilizada para explicar o conflito de fontes interna e internacional.

Recorde-se que para esta corrente seria impossível considerar a fonte do Direito Internacional como superior a uma fonte de Direito Interno, ou vice-versa, pois a eficácia jurídica das normas determina que uma dependa da vontade da outra.⁴¹⁰ E que, o Estado deverá recepcionar as normas de direito internacional no seu ordenamento jurídico quando essas se transformarem em normas de Direito Interno, após incorporadas.⁴¹¹ Assim sendo,

⁴⁰⁷ Cf. GRÉCIA. Constituição da Grécia, op. cit.

⁴⁰⁸ ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, Paulo Borba, *Manual de Direito Internacional Público*, op. cit., p.233.

⁴⁰⁹ TRIEPEL, Henrich, *Diritto Interno e Diritto Internazionale*. Torino, 1913, p.13-28.

⁴¹⁰ Ibid., p.255. [Tradução nossa]: “*Ma è impossibile considerare la fonte del diritto Internazionale come superiore alla fonte del diritto interno o viceversa, nel senso specifico che l’efficacia giuridica delle norme stabilite dall’una dipenda dalla volontà dell’altra.*”

⁴¹¹ Ibid., p.170-71.

tais normas nunca entrarão em conflito, por emanarem de fontes completamente diferentes.⁴¹²

Além do mais, observam-se diversas incongruências nos votos dos Ministros. Cite-se como exemplo o voto do Ministro Carlos Cunha⁴¹³ que justifica a primazia do Decreto Lei sobre o tratado, mencionando uma passagem da teoria de Triepel, na qual ele afirma que não se deve declarar nula uma lei interna que contrarie o direito internacional, pois o direito interno deve ser aplicado aos nacionais e estrangeiros, mesmo que essa norma contrarie o direito internacional.⁴¹⁴ A utilização da passagem da obra de Triepel está fora de contexto. Ao afirmar que a norma interna deve ser aplicada mesmo que essa contrarie o direito internacional, pois Triepel não menciona a primazia, mas as fontes diversas, pois como visto, as normas internacionais e as normas internas têm suas origens em fontes diversas e assim, uma não é superior a outra; o autor aborda a aplicação da lei e não a primazia de uma sobre a outra.

Daí por certo, a correta afirmação acima de que o RE 80.004 é classificado pela doutrina como exemplo de monismo moderado, uma vez que esta defende que há concorrência entre a ordem internacional e a ordem interna, não havendo prevalência de uma ordem sobre a outra, aplicam-se os critérios para solução do conflito de leis como lei posterior, lei especial.

Leciona REZEK que a solução dada por diversos países, a par da Constituição do Estado, consiste em garantir prevalência aos tratados, noutros, entre os quais o Brasil contemporâneo, eles têm apenas um tratamento paritário, tomadas como paradigma as leis nacionais e diplomas de grau equivalente,⁴¹⁵ conforme já bem demonstrado.

Em que pese, a realidade hoje da sociedade internacional contemporânea vê cada um de seus integrantes ditar, no que lhe concerne, as regras de composição entre o direito internacional e o de produção doméstica, eis que, para o Estado, a Constituição nacional, vértice do ordenamento jurídico, é a sede de determinação da estatura da norma expressa em tratado,⁴¹⁶ e, em não sendo a Constituição brasileira clara quanto a este posicionamento, pode o STF no papel de guardião da Carta Magna, decidir – dentro de suas perspectivas históricas

⁴¹² *Ibidem*, p.179-80.

⁴¹³ Na análise de Patrícia Grazziotin Noschang, *A teoria de Triepel e o Recurso Extraordinário 80.004*, op. cit., p. 109.

⁴¹⁴ Cf. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE n. 80.004, p. 953.

⁴¹⁵ Francisco Rezek, *Direito Internacional Público*, op. cit., p. 127-128.

⁴¹⁶ *Ibid.*, p.127.

e circunstanciais – o que melhor resguardaria os interesses do país, em que pese haver a decisão proferida claramente desrespeitado a ordem internacional, por tudo o que já se disse.

Com arrimo na própria questão da soberania do Estado, Arnaldo SUSSEKIND sustenta que daí derivaria a obrigatoriedade do cumprimento das obrigações assumidas no plano internacional, numa sorte de autorrespeito:

Se o respeito à soberania do Estado constitui um dos princípios basilares do Direito Internacional Público, não menos fundamental é o acatamento do aforismo “*pacta sunt servanda*”, em virtude do qual o Estado vinculado a um tratado deve cumprir as obrigações dele resultantes, sob pena de responsabilidade na esfera internacional. Daí preceituar a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados: Art.26 – Todo tratado em vigor obriga às partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé e Art. 27 – Uma parte não poderá invocar as disposições do seu direito interno como justificação do descumprimento de um tratado.⁴¹⁷

Lembra PIOVESAN que, embora a tese da paridade entre tratado e lei federal tenha sido firmada pelo Supremo Tribunal Federal em 1977, sendo anterior, portanto à Constituição de 1988, e refira-se ainda a tema comercial (conflito entre a Convenção de Genebra – Lei Uniforme sobre Letras e Câmbio e Notas Promissórias – e o Decreto-lei n. 427, de 1969), constata-se ter sido ela reiterada pelo Supremo Tribunal Federal em novembro de 1995, quando do julgamento, em grau de *habeas corpus*, de caso relativo à prisão civil por dívida do depositário infiel.⁴¹⁸

Por tal razão, no sentido de oportuna e indispensável reorientação da jurisprudência brasileira, assinalamos o voto do Ministro Gilmar MENDES por ocasião do RE 466.343-1/SP que, embora terá momento mais detido de análise, em muito se encaixa neste momento de encerramento de tópico. No referido voto, o Ministro assinala a importância das mudanças decorrentes da Constituição de 1988: “a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções, já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, desde o remoto julgamento do RE 80.004-SE”. Depois de citar vários precedentes, cuja orientação a mesma se mantivera, conclui: “É preciso ponderar, no entanto, se, no contexto atual, em que se pode observar a abertura cada vez maior do estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos, essa jurisprudência não teria se tornado

⁴¹⁷ SÜSSEKIND, Arnaldo, *Direito internacional do trabalho*, São Paulo: LTr, 1983, p.59.

⁴¹⁸ *Direitos humanos e o direito Constitucional Internacional*, op. cit., p. 125. A autora está a se referir sobre o HC 72.131-RJ (22.11.1995).

completamente defasada”, pois “tudo indica, portanto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sem sobra de dúvidas, tem de ser revisitada criticamente”.

Aponta ainda, no mesmo voto, a consequência direta de tal construção pretoriana, o que se coaduna com o que já foi dito acima: “Importante deixar claro, também, que a tese da legalidade ordinária, na medida em que permite ao estado brasileiro, ao fim e ao cabo, o descumprimento unilateral de um acordo internacional, vai de encontro aos princípios internacionais fixados pela Convenção de Viena sobre o direito dos tratados de 1969, a qual, em seu art. 27, determina que nenhum estado pactuante ‘pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado’”.⁴¹⁹

Cumprе ressaltar, por fim, que, embora o teor do mencionado voto, este cingiu-se a modificar o entendimento no que tange aos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, conforme se estudará em tópico próprio, restando ainda no Brasil de hoje, o entendimento paritário entre tratado internacional comum e lei ordinária – dualismo moderado –, excetuando-se os tratados em matéria tributária, conforme já se viu.

⁴¹⁹ Voto do Min. Gilmar MENDES no RE 466.343-1, São Paulo (62 páginas, cit. p. 11, 14, 19 e 21).

CAPÍTULO II – TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS

2.1 BREVE CONCEPÇÃO SOBRE DIREITOS HUMANOS

Por mais que se pretenda brevidade afim de se traçar uma concepção dos *direitos do homem*, o tema é por demais vasto e não liberto de contradições das mais variáveis possíveis ao longo da história.⁴²⁰ Entretanto, como é necessário iniciar de algum ponto, temos por pertinente a observação que FERREIRA FILHO faz ao descrever, já dentro da ideia de “Estado Constitucional” e “declarações de direito” que: “*o pacto social prescinde de um documento escrito*”.⁴²¹

Lembra o autor que nada proíbe sejam as declarações de direitos, reduzidas a termo em texto solene, o que inclusive tem a vantagem da clareza e da precisão, além do caráter elucidativo, sendo que, foi no século XVIII que se cuidou de formalizar tal documento que não se trata da Constituição, que já se presume escrita, mas a *declaração* de Direitos.⁴²²

De ver-se que tal fenômeno ocorre com cada uma das colônias inglesas da América do Norte, ao romperem seus laços com a metrópole, isto é, cada uma delas formula desde logo, a sua declaração de Direitos antes de todo processo histórico que levou a promulgação da Constituição da Filadélfia em 1787. Sobre a relevância deste marco, LYNN HUNT pontua:

⁴²⁰ “Durante o século XVIII, em inglês e em francês, os termos “direitos humanos”, “direitos do gênero humano” e “direitos da humanidade” se mostraram todos demasiado gerais para servir ao emprego político direto. Referiam-se antes ao que distinguia os humanos do divino, numa ponta da escala, e dos animais, na outra, do que a direitos politicamente relevantes como a liberdade de expressão ou o direito de participar na política. Assim, num dos empregos mais antigos (1734) de “direitos da humanidade” em francês, o acerbo crítico literário Nicolas Lenglet-Dufresnoy, ele próprio um padre católico, satirizava ‘aqueles monges inimitáveis do século VI, que renunciavam tão inteiramente a todos ‘os direitos da humanidade’ que pastavam como animais e andavam por toda parte completamente nus’. Da mesma forma, em 1756, Voltaire podia proclamar com ironia que a Pérsia era a monarquia em que mais desfrutava dos “direitos da humanidade”, porque os persas tinham os maiores “recursos contra o tédio”. O termo “direito humano” apareceu em francês pela primeira vez em 1763 significando algo semelhante a “direito natural”, mas não pegou, apesar de ser usado por Voltaire no seu amplamente influente Tratado sobre a tolerância!”. Cf. HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos; uma história*, (trad. Rosaura Eichenberg). São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 21.

⁴²¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*, 14ª ed. São Paulo: Saraiva: 2014, p.23.

⁴²² Ibid.

Antes de 1789, "direitos do homem" tinha poucas incursões no inglês. Mas a Revolução Americana incitou o marquês de Condorcet, defensor do Iluminismo francês, a dar o primeiro passo para definir "os direitos do homem", que para ele incluíam a segurança da pessoa, a segurança da propriedade, a justiça imparcial e idônea e o direito de contribuir para a formulação das leis. No seu ensaio de 1786, *"De l'influence de la révolution d'Amérique sur l'Europe"*, Condorcet ligava explicitamente os direitos do homem à Revolução Americana: "O espetáculo de um grande povo em que os direitos do homem são respeitados é útil para todos os outros, apesar da diferença de clima, costumes e constituições". A Declaração da Independência americana, ele proclamava, era nada menos que "uma exposição simples e sublime desses direitos que são, ao mesmo tempo, tão sagrados e há tanto tempo esquecidos."⁴²³

O mesmo fenômeno ocorre na França em que, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão datam de 1789 e a primeira Constituição surge em 1791.⁴²⁴

Em janeiro de 1789, Emmanuel-Joseph Sieyès usou a expressão [direitos do homem] no seu incendiário panfleto contra a nobreza, *O que é o Terceiro Estado?* O rascunho de uma declaração dos direitos, feito por Lafayette em janeiro de 1789, referia-se explicitamente aos "direitos do homem", referência também feita por Condorcet no seu próprio rascunho do início de 1789. Desde a primavera de 1789 — isto é, mesmo antes da queda da Bastilha em 14 de julho — muitos debates sobre a necessidade de uma declaração dos "direitos do homem" permeavam os círculos políticos franceses.⁴²⁵

Ainda colhendo as lições de FERREIRA FILHO, só mais tarde, por economia de tempo e trabalho, é que se passou a estabelecer num mesmo documento a declaração de Direitos (o pacto social) e a Constituição⁴²⁶ (o pacto político).⁴²⁷

Esta concepção de direitos humanos traçada neste primeiro momento, que busca observá-los num documento escrito, seria aquela dita *formal*.

Jorge MIRANDA denomina tal definição de conceito formal de direitos humanos, que seriam *"toda posição jurídica subjetiva das pessoas enquanto consagrada na Lei Fundamental"*.⁴²⁸

BOBBIO, nos lembra ainda da concepção *tautológica* de direitos humanos, o que, grosso modo, seria atribuir os "direitos do homem" pelo fato de ser "homem". No entanto,

⁴²³ HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos; uma história*, (trad. Rosaura Eichenberg). São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 23.

⁴²⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*, op. cit., p. 23.

⁴²⁵ HUNT, Lynn, *A invenção dos direitos humanos; uma história* op. cit., p. 23.

⁴²⁶ "Ninguém apresentou uma lista precisa desses direitos antes de 1776 (a data da Declaração de Direitos da Virgínia redigida por George Mason)". Ibid., p. 24.

⁴²⁷ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direitos Humanos Fundamentais*, op. cit., p. 23.

⁴²⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. v. IV, 2ªed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p.9.

como lembra Bobbio, a expressão além de muito vaga, com frequência cai em conceitos avaliativos que são interpretados de modo diverso conforme a ideologia assumida pelo intérprete, sendo objeto de muitas polêmicas apaixonantes, por exemplo, dizer que ‘os direitos do homem são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana ou para o desenvolvimento da civilização’; os termos avaliativos como, saber o que se entende por aperfeiçoamento da pessoa humana ou por desenvolvimento da civilização, só levaria a polemicas que, em geral, só seriam resolvidas quando os opostos consentissem em aceitar uma formulação genérica envolvente de ambas soluções e que acabaria por não resolver as contradições.⁴²⁹

Esta concepção, tem como pano de fundo os direitos naturais, o que BOBBIO critica ao dizer que esta ilusão foi comum durante os séculos aos jusnaturalista, mas que a natureza do homem se revelou muito frágil como fundamento absoluto de direitos irresistíveis. Num exemplo, o autor lembra a longa discussão entre os jusnaturalista acerca de qual das três soluções possíveis quanto à sucessão dos bens era a mais natural e, portanto, devia ser preferida num sistema que aceitava como justo tudo o que se fundava na natureza: o retorno à comunidade (por considerar o indivíduo como membro desta), a transmissão familiar de pai para filho (voltado por instinto natural para a continuação da espécie) ou a livre disposição pelo proprietário (como pessoa livre e autônoma), sendo que, todas as três soluções são perfeitamente compatíveis com a natureza do homem.⁴³⁰

Além disso, ainda dentro desta concepção tautológica, os direitos do homem constituem uma classe variável conforme demonstra a própria história. Neste diapasão, BOBBIO ainda vai dizer que o elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar com a mudança das condições históricas, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas etc., o que seria prova de que não existem direitos fundamentais por natureza: “não se concebe como seja possível atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos”.⁴³¹

Há ainda a noção *finalística*, definição que busca enxergar o objetivo ou o fim para definir o conjunto. Neste sentido, Dalmo de Abreu DALLARI escreve que os direitos humanos representam “uma forma abreviada de mencionar os direitos fundamentais da

⁴²⁹ Cf. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos* – 7ª reimpressão (trad. Carlos Nelson Coutinho). Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.13.

⁴³⁰ Ibid., p.12.

⁴³¹ Ibidem, p.13.

pessoa humana. Esses direitos são considerados fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida”.⁴³²

CARVALHO RAMOS lembra que esta definição estabelece que os direitos humanos são aqueles essenciais para o desenvolvimento *digno* da pessoa humana.⁴³³

Sobre esta dignidade, Ingo SARLET sustenta que seja:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁴³⁴

Da exposição feita até o momento, percebe-se que ora se utilizou o termo *direitos humanos*, ora *direitos fundamentais* indistintamente. Sobre isto, encontramos a seguinte observação:

Assim, frequentemente, são utilizados como sinônimos *direitos humanos* e *direitos fundamentais*, termos que, apesar da doutrina não especializada usar indiscriminadamente, referem-se a instituições diferentes. Com efeito, direitos humanos são os princípios que resumem a concepção de uma convivência digna, livre e igual de todos os seres humanos, válidos para todos os povos e em todos os tempos,⁴³⁵ enquanto os direitos fundamentais

⁴³² DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998, p.7.

⁴³³ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva: 2013, p. 33.

⁴³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Ed. Livraria dos Advogados, 2001, p.60.

⁴³⁵ Conforme já se observou do pensamento de Norberto Bobbio, os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história dos últimos séculos demonstrou, pois, o elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas; neste sentido, afirma o autor que: “Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar (...)”. Além deste aspecto, Bobbio também chama atenção para o relativismo dos direitos, e, demonstra que esta própria relatividade, afastando um fundamento absoluto, é razão para se garantir certos direitos fundamentais: “De resto, não há porque ter medo do relativismo. A constatada pluralidade das concepções religiosas e morais é um fato histórico, também ele sujeito a modificação. O relativismo que deriva dessa pluralidade é também relativo. E, além do mais, é precisamente esse relativismo o mais forte argumento em favor de alguns direitos do homem, dos mais celebrados, como a liberdade de religião e, em geral, a liberdade de pensamento. Se não estivéssemos convencidos da irresistível pluralidade das concepções últimas, e se, ao contrário, estivéssemos convencidos de que asserções religiosas, éticas e políticas são demonstráveis como teoremas (e essa era, mais uma vez, a ilusão dos jusnaturalistas, de um Hobbes, por exemplo, que chamava as leis naturais de “teoremas”), então os direitos à liberdade religiosa ou à liberdade de pensamento perderiam sua razão de ser, ou pelo menos, adquiririam um outro significado: seriam não o direito de ter a própria religião pessoal ou de expressar o próprio pensamento político, mas sim o direito de não ser dissuadido pela força de empreender a busca da única verdade religiosa e do único bem político”. Cf. Norberto Bobbio. *A era dos direitos*, op. cit., p. 13-14.

são os direitos da pessoa (física ou jurídica) constitucionalmente garantidos e limitados espacial e temporalmente.⁴³⁶

Embora a observação prime por mais rigor, justifica-se o uso de ambas as expressões no presente trabalho por envolver a seara internacional, muito embora seja um trabalho de Direito Constitucional.

Por fim, nesta breve concepção dos direitos humanos em que se observou as definições tautológica, formal e finalística, vale ainda mencionar o posicionamento historicista que defende a fundamentação ética dos direitos fundamentais, impedindo que qualquer exigência social que não tenha conexão com a dignidade humana seja positivada como um direito fundamental, mostrando que, embora os direitos não sejam absolutos, na história da humanidade têm existido valores que sempre estiveram presentes.⁴³⁷

Alexandre de MORAES observa que a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu Título II os *direitos e garantias fundamentais*, subdividindo-os em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos; sendo que, modernamente, a doutrina apresenta-nos a classificação de direitos fundamentais de *primeira, segunda e terceira gerações*, baseando-se na ordem histórica cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos.⁴³⁸

Além é claro, das normas constitucionais que preveem os tratados internacionais sobre direitos humanos e outras garantias implícitas, que serão tratados em tópico próprio.

2.1.1 O RISCO DE VULGARIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Sobre as gerações de direitos mencionada, interessante a colocação que faz FERREIRA FILHO ao associar estes momentos de avanço, por assim dizer, a intrínseca relação com a base do constitucionalismo ocidental.⁴³⁹

Para ele, o reconhecimento dos direitos sociais não pôs termo à ampliação do campo dos direitos fundamentais. Na verdade, a consciência de novos desafios, não mais à vida e à liberdade, mas especialmente à qualidade de vida e à solidariedade entre os seres humanos

⁴³⁶ LOPES, Ana Maria D'Ávila. *A era dos direitos de Bobbio, entre a historicidade e a atemporalidade*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 48, n. 192, out./dez., 2011, p. 11.

⁴³⁷ *Ibid.*, p. 15.

⁴³⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 29ª ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 28-29.

⁴³⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*, op. cit., p. 75.

de todas as raças ou nações, redundou no surgimento de uma nova geração – a terceira –, a dos direitos fundamentais.

Assim, são estes chamados, na falta de melhor expressão, de direitos de solidariedade, ou fraternidade. A primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira, complementar o lema da Revolução Francesa: *liberdade, igualdade, fraternidade*.

Aponta ainda, que foi no plano do direito internacional que se desenvolveu esta nova geração,⁴⁴⁰ mas que quanto à proteção desses direitos, na maioria deles não cabe senão a garantia institucional, pondo-se de lado a garantia internacional, com exceção ao meio ambiente, que no caso brasileiro admite-se sua efetivação por via de ação.⁴⁴¹

Por fim, chama a atenção para o risco de vulgarização dos direitos. Lição que vale ser lembrada diante da proliferação de tratados: “*É preciso, todavia, ter consciência de que a multiplicação de direitos “fundamentais” vulgariza e desvaloriza a ideia*”.⁴⁴²

Baseando-se num estudo de Philip ALSTON,⁴⁴³ chama atenção para a tendência da ONU e de outros corpos internacionais de proclamarem, a torto e a direito, direitos “fundamentais”, sem critério objetivo algum. E registra novos direitos em vias de serem solenemente declarados fundamentais, tais como, direito ao turismo, direito ao desarmamento, direito ao sono, direito de não ser morto em guerra, direito de não ser sujeito a trabalho aborrecido, direito à coexistência com a natureza, direito de livremente experimentar modos de viver alternativos, etc.⁴⁴⁴

⁴⁴⁰ “Realmente, em sucessivas reuniões da ONU e da UNESCO bem como em documentos dessas entidades é que foram enunciados os novos direitos. E ainda hoje são poucas vezes reconhecidos no direito constitucional, conquanto apareçam em Cartas internacionais. Estão eles, por exemplo, na Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, de 1981 (art. 20 e s.), bem como na Carta de Paris para uma nova Europa, de 1990”. *Ibid.*, p. 76.

⁴⁴¹ “Quanto ao direito ao meio ambiente, contudo, pode-se admitir que seja ele efetivado por via de ação. No Brasil, por ação civil pública (CF, art. 129, III) ou pela ação popular (CF, art. 5º, LXXIII)”. *Ibid.*, p. 85.

⁴⁴² *Ibidem*.

⁴⁴³ Cf. ALSTON, Philip. *Conjuring up new human rights: A proposal for quality control*. *American Journal of International Law*, 1984, v. 78(3), 607-621.

⁴⁴⁴ “Probably the longest list is that proposed by Galtung and Wirak of needs “that might be considered as important candidates on the world waiting list for processing into rights”: the right to sleep; the right not to be killed in a war; the right not to be exposed to excessively and unnecessarily heavy, degrading, dirty and boring work; the right to identity with one's own work product, individually or collectively (as opposed to anonymity); the right to access to challenging work requiring creativity; the right to control the surplus resulting from the work product; the right to self-education and education with others (as opposed to schooling); the right to social transparency; the right to co-existence with nature; the right to be a member of some primary group (not necessarily the family); the right to be a member of some secondary group (not necessarily the nation); the right to be free to seek impressions from others (not only from media); and the right to be free to experiment with alternative ways of life. Other academic commentators have emphasized the need not only to proclaim new human rights but also to adopt whole new declarations of such rights”. *Ibid.*, p. 607-608.

A este respeito – e complementando o conceito de direitos humanos buscado acima – Robert ALEXY propõe que o conceito de direitos do homem distingue-se de outros direitos pela combinação de cinco marcas. Eles são direitos universais, morais, fundamentais, preferenciais e abstratos.⁴⁴⁵

O primeiro deles – direitos universais – já se tratava na caracterização dos direitos do homem como ideal universal. Isso significa que o direito deve concernir a todo e qualquer ser humano, pois todos os direitos do homem merecem proteção jurídico-constitucional, mas não tudo que merece proteção jurídico-constitucional deve ser um direito do homem. Basta que ele faça parte do “*constitutional Essentials*”. Com o auxílio deste conceito, o uso inflacionário da expressão “direitos do homem”, poderia ser limitado, que não faz bem à matéria dos direitos do homem.⁴⁴⁶

A segunda marca é ser um *direito moral*, isto é, que sua base seja uma norma que valha moralmente: “Direitos morais podem, simultaneamente, ser direitos jurídico-positivos, sua validade, porém, não pressupõe uma positivação. Para a validade ou existência de um direito moral basta que a norma, que está na sua base, valha moralmente”.⁴⁴⁷

A terceira marca, importa em ser um *direito preferencial*, ou seja, fazer jus a proteção pelo direito positivo, pois “apesar de seu caráter moral, direitos do homem estão em uma relação íntima com o direito” [...]; “nesse sentido, existe um direito ao Estado, mais sucintamente, um direito moral ao direito positivo”.⁴⁴⁸ Lembra ALEXY que este aspecto está manifesto na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), em seu preâmbulo e no artigo 28.

A quarta marca é a de que, o direito deve ser de grande importância – *direitos fundamentais* – e que, para tanto deve tratar-se de interesses e carências para as quais valem coisas distintas: “Um interesse ou uma carência é, nesse sentido, fundamental quando sua violação ou não-satisfação significa ou a morte ou sofrimento grave ou toca no núcleo essencial da autonomia”.⁴⁴⁹ Assim, exemplifica, que muitos homens têm uma carência fundamental de amor, e que, para muitos, deve ser mais importante ser amado do que participar em demonstrações políticas, contudo, não existe um direito do homem ao amor, porque o amor não se deixa forçar pelo direito. Neste critério, não seria direitos do homem

⁴⁴⁵ ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 217, p. 55-66, jul. 1999.

⁴⁴⁶ *Ibid.*, p. 59-60.

⁴⁴⁷ *Ibid.*, p. 60.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 60-61.

⁴⁴⁹ *Ibid.*, p. 61.

revestido de fundamentalidade, o direito ao 13º ordenado previsto na Constituição brasileira no artigo 7º, VIII, por exemplo.⁴⁵⁰

Por fim, para ALEXY, para que um direito possa ser considerado fundamental, deveria vir revestido da marca abstrata. Ser um *direito abstrato*, o torna suscetível de restrição: “Qual restrição é admissível pode, no fundo, ser determinado apenas por ponderação”.⁴⁵¹

2.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Na linha do que já foi dito, Alexandre de MORAES ressalta que o estabelecimento de Constituições escritas está diretamente ligado à edição de declarações de direitos do homem, com a finalidade de estabelecimento de limites do poder político, ocorrendo a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário.⁴⁵²

Com efeito, a existência desse Direito, e, portanto, destes direitos, constitui a limitação natural do Estado, sendo que este não pode contra esses direitos, a não ser, na medida em que tais direitos são restringidos para que todos os homens concomitantemente gozem de igual liberdade.⁴⁵³

A primeira limitação ao poder do Estado assim, lembra FERREIRA FILHO, é a fronteira que traça para sua atuação a existência da liberdade, das liberdades humanas, ou ainda, recordando DUGUIT, “a consequência disso é que o Estado é limitado por esses direitos individuais anteriores e superiores a ele”, ficando claro que, para os autores das Declarações, estas constituiriam o crivo pelo qual se aferiria a validade dos atos de governo, devendo, portanto, o poder estatal ficar dentro dos limites fixados pelas Declarações ao enunciar os direitos fundamentais, principalmente os direitos individuais como aponta o art. 2º da Declaração francesa: “A liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à

⁴⁵⁰ Ibidem.

⁴⁵¹ Cf. Robert Alexy. *Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático*, op. cit., p. 62.

⁴⁵² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, op. cit., p. 28.

⁴⁵³ Na lição de Robert Alexy apresentada acima, seria esta a característica de ser um *direito moral*, pois à universalidade da estrutura dos direitos do homem, que consiste nisto, que eles são, fundamentalmente, direitos de todos contra todos. Cf. Robert Alexy. *Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático*, op. cit., p. 60.

opressão”, ou, se se preferir a fórmula norte-americana, “a vida, a liberdade e a busca da felicidade”; limites que irão se impor ao próprio poder constituinte.⁴⁵⁴

Observe-se que, no interior dos Estados democráticos, o modo como são tratados os direitos fundamentais varia, conforme lembra Konrad HESSE que “as soluções oscilam desde a regulação por um catálogo minucioso de direitos fundamentais na Constituição (como acontece na Alemanha), ou remeter-se a uma declaração histórica de direitos humanos (como na França) [...]”.⁴⁵⁵

Na tradição constitucional brasileira, todas as Constituições, sem exceção, enunciaram Declarações de Direitos, sendo que, as duas primeiras concentraram-se nas liberdades públicas, vistas claramente como limitações ao Poder, mas todas, a partir de 1934, a estas acrescentaram, na Ordem Econômica, os direitos sociais, e, a atual já prevê pelo menos um dos direitos de solidariedade.⁴⁵⁶

No entanto, a Constituição de 1988 apresentaria algumas variações em relação ao modelo tradicional, seguido pelas anteriores.

Em primeiro lugar, e a observação é de FERREIRA FILHO, ela enumera os direitos e garantias fundamentais logo no Título II, antecipando-os, portanto, à estruturação do Estado. Quis com isso marcar a preeminência que lhes reconhece. Em segundo lugar, nesse Título II, no capítulo inicial enuncia o que chama de “direitos e deveres individuais e coletivos”, enquanto no seguinte trata dos “direitos sociais”, para nos subseqüentes reger questões concernentes à nacionalidade, aos direitos políticos e, a final, aos partidos políticos. Mas, em terceiro lugar, deve-se registrar que noutros pontos da Constituição são apontados direitos fundamentais, como é o caso da seção relativa às ‘limitações do poder de tributar’. E enfatiza com seu olhar crítico: “Qual o critério que ditou essa distribuição de assuntos, ninguém sabe. Questão de técnica – dir-se-á – ou de falta de técnica, o que é mais provável”.⁴⁵⁷

Grosso modo, o capítulo sobre os direitos e deveres individuais e coletivos representa os direitos da primeira geração, mais as garantias; no seguinte obviamente os direitos econômicos e sociais, a segunda geração. Quanto à terceira, esta se faz representar pelo solitário direito ao meio ambiente (art. 225).⁴⁵⁸

⁴⁵⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva: 1999, p.16.

⁴⁵⁵ HESSE, Konrad. *Significado de los derechos fundamentales*, in Benda e outros, *Manual de derecho constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 84-85.

⁴⁵⁶ Cf. Manoel Gonçalves F. Filho. *Direitos Humanos Fundamentais*, op. cit., p. 121.

⁴⁵⁷ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direitos Humanos Fundamentais*, op. cit., p. 121-122.

⁴⁵⁸ *Ibidem*.

A este respeito, Marcelo NOVELINO, esclarece que os direitos fundamentais não surgiram simultaneamente, mas em períodos distintos conforme a demanda de cada época, tendo esta consagração progressiva e sequencial nos textos constitucionais dando origem à classificação em gerações. Como o surgimento de novas gerações não ocasionou a extinção das anteriores, há quem prefira o termo *dimensão* por não ter ocorrido uma sucessão desses direitos, pois todos coexistem. Assim, os direitos fundamentais de primeira dimensão são os ligados ao valor liberdade, são os direitos civis e políticos. São direitos individuais com caráter negativo por exigirem diretamente uma abstenção do Estado, seu principal destinatário. Ligados ao valor igualdade, os direitos fundamentais de segunda dimensão são os direitos sociais, econômicos e culturais. São direitos de titularidade coletiva e com caráter positivo, pois exigem atuações do Estado. Os direitos fundamentais de terceira geração, ligados ao valor fraternidade ou solidariedade, são os relacionados ao desenvolvimento ou progresso, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, bem como ao direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e ao direito de comunicação. São direitos transindividuais, em rol exemplificativo, destinados à proteção do gênero humano.⁴⁵⁹

Como se destacou, a doutrina aponta noutros pontos da Constituição brasileira de 1988 direitos fundamentais, não apenas os formalmente descritos no título específico. Além disso, estende-se que este rol formal não seria exaustivo, quando da descrição das gerações de direitos acima.

Some-se a isto tudo, o conteúdo do §2º, do artigo 5º da Constituição Brasileira de 1988, com a descrição de 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”. Destas afirmações surge a questão: a Constituição comporta direitos fundamentais implícitos?

⁴⁵⁹ O autor reconhece ainda direitos de quarta geração, que seriam introduzidos no âmbito jurídico pela globalização política, compreendendo os direitos à democracia, informação e pluralismo, talvez por influência da doutrina de Norberto Bobbio ou Paulo Bonavides. Cf. NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 3ª. ed., São Paulo: Editora Método, 2009, p. 362-364

2.2.1 DIREITO FUNDAMENTAL MATERIAL E FORMAL

Antes que se analise a possibilidade de a Constituição brasileira atual comportar direitos fundamentais implícitos, é preciso que se faça a distinção entre o direito fundamental ser material ou formal. Entretanto, já se pode depreender até aqui que o catálogo dos direitos fundamentais vem se avolumando, conforme as exigências específicas de cada momento histórico.⁴⁶⁰

Para os autores Gilmar MENDES e Paulo BRANCO, a classe dos direitos que são considerados fundamentais não tende a homogeneidade, o que dificulta uma conceituação material ampla e vantajosa que alcance todos eles, tampouco a própria estrutura normativa dos diversos direitos fundamentais não é coincidente em todos os casos; assim, descobrir características básicas dos direitos fundamentais, não constitui tarefa meramente acadêmica e pode revelar-se importante para resolver problemas concretos.⁴⁶¹ O esforço é necessário para identificar direitos fundamentais implícitos ou fora do catálogo expresso da Constituição.⁴⁶²

FERREIRA FILHO observa que:

A previsão de direitos fundamentais implícitos leva necessariamente à ideia de que há direitos que, por sua essência, seriam fundamentais, já que sua fundamentalidade independe de posituação numa Declaração, Constituição, Tratado ou Lei. Tais direitos, assim, são constituídos pela “matéria” (essência) fundamental. São, por isso, chamados de *direitos materialmente fundamentais*.⁴⁶³

Sobre o tema, VIEIRA DE ANDRADE pretende que, em última análise, o ponto característico que serviria para definir um direito fundamental seria a intenção de explicitar

⁴⁶⁰ Retomando a questão colocada acima sobre gerações ou dimensões de direitos fundamentais, Canotilho observa que “A partir da década de 60, começou a desenhar-se uma nova categoria de direitos humanos vulgarmente chamados de *direitos da terceira geração*. Nesta perspectiva, os direitos do homem reconduzir-se-iam a três categorias fundamentais: os direitos de liberdade, os direitos de prestação (igualdade) e os direitos de solidariedade”. Cf. *DIREITO CONSTITUCIONAL e Teoria da Constituição*. Op. cit., p.386.

⁴⁶¹ No âmbito dos direitos sociais, seriam direitos fundamentais fora do catálogo os direitos à previdência social e à assistência social e o direito à proteção do meio ambiente (art. 225), este último já mencionado no STF como direito fundamental de terceira geração (RE 134.297-8/SP DJ de 22-9-1995). Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 171.

⁴⁶² *Ibid.*, p. 139.

⁴⁶³ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direitos Humanos Fundamentais*, op. cit., p. 123.

o princípio da dignidade da pessoa humana, de onde se extrairia a fundamentalidade material dos direitos fundamentais.⁴⁶⁴

Posição esta que CANOTILHO critica, ou seja, a de entrelaçar a dignidade humana na natureza dos direitos fundamentais. Para se demonstrar um pouco da polêmica, para o autor português esta concepção “expulsa do catálogo material dos direitos todos aqueles que não tenham um radical subjetivo, isto é, não pressuponham a ideia-princípio da dignidade da pessoa humana. O resultado a que chega é um exemplo típico de uma teoria de direitos fundamentais não constitucionalmente adequada”.⁴⁶⁵

Nesta linha de raciocínio, ao se observar o rol do art. 5º da Constituição brasileira, será mesmo difícil ver em alguns incisos direitos que tenham como fundamento precípua e imediato o princípio da dignidade humana; como, por exemplo o inciso XXI que prevê que as entidades associativas têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente, quando expressamente autorizadas; ou ainda o inciso XXV que afirma a possibilidade de a autoridade competente poder usar a propriedade particular no caso de iminente perigo público, assegurada uma indenização ulterior ao proprietário, se houver danos; o que se diga do inciso XXIX que trata de direitos autorais, matéria que não precisaria constar do mesmo rol que assegura o direito à vida ou à liberdade. Sem mencionar ainda os direitos coletivos ou direitos fundamentais que possam envolver pessoas jurídicas.

É neste sentido que FERREIRA FILHO leciona ao dizer que, na Constituição brasileira, no art. 5º, há direitos fundamentais materiais, como o direito à vida (*caput*), mas também direitos fundamentais apenas formais, por exemplo, o direito a certidões (inciso XXXIV, *b*); “É, pois, apenas formalmente fundamental, enquanto aquele obviamente seria material, por sua essência, e formalmente, por estar reconhecido como tal na Constituição, como fundamental”.⁴⁶⁶

Esta distinção entre direitos fundamentais materiais e direitos fundamentais formais é acolhida pela melhor doutrina. De observar-se a lição de CANOTILHO:

A fundamentalidade formal, geralmente à constitucionalização, assinala quatro dimensões relevantes: (1) as normas consagradoras de direitos fundamentais, enquanto normas fundamentais, são normas colocadas no grau superior da ordem jurídica; (2) como normas constitucionais encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão; (3)

⁴⁶⁴ ANDRADE DE, Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 1987, p.85.

⁴⁶⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. *DIREITO CONSTITUCIONAL e Teoria da Constituição*. 7ª ed. (4ª Reimpressão). Almedina, 2003, p. 377.

⁴⁶⁶ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direitos Humanos Fundamentais*, op. cit., p. 124.

como normas incorporadoras de direitos fundamentais passam, muitas vezes, a constituir limites materiais da própria revisão; (4) como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, acções e controlo, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais.⁴⁶⁷

Esta categoria de “fundamentalidade” aponta para esta especial protecção dos direitos no sentido formal, como exposto, e num sentido material, de onde se reconhecem direitos fundamentais explícitos. Na continuidade da explicação:

A ideia de fundamentalidade material insinua que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade. *Prima facie*, a fundamentalidade material poderá parecer desnecessária perante a constitucionalização e a fundamentalidade formal a ela associada. Mas não é assim. Por um lado, a fundamentalização pode não estar associada à constituição escrita e à ideia de fundamentalidade formal como o demonstra a tradição inglesa das *Common-Law Liberties*. Por outro lado, só a ideia de fundamentalidade material pode fornecer suporte para: (1) a abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direitos materialmente mas não formalmente fundamentais; (2) a aplicação a estes direitos só materialmente constitucionais de alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentalidade formal; (3) a abertura a novos direitos fundamentais (Jorge Miranda). Daí o falar-se, nos sentidos (1) e (3), em *cláusula aberta* ou em *princípio da não tipicidade* dos direitos fundamentais”.⁴⁶⁸ [grifo nossos]

Na verdade, FERREIRA FILHO vê, assim como VIEIRA DE ANDRADE acima apontado, no fundamento da dignidade humana, a maior *cláusula aberta* (embora não use estes termos) a possibilitar o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, não havendo, portanto, a necessidade da previsão contida no art. 5º, §2º, que prevê que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, e, nem mesmo a necessidade deste mesmo reconhecimento no plano internacional, ao complementar que não se excluem, igualmente, outros direitos decorrentes de tratados internacionais em que a República seja parte, a saber:

Admite, portanto, a Constituição brasileira a existência de direitos fundamentais implícitos, como já o admitiram as anteriores. Estes hão de decorrer do “regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República seja parte”.

⁴⁶⁷ *DIREITO CONSTITUCIONAL e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 379. No mesmo sentido: cf. Jorge Miranda. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*, 4ª. ed., Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p. 9.

⁴⁶⁸ *Ibidem*, p. 379. Sobre “cláusula aberta” ou “princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais” o trabalho tratará disso em tópico posterior abaixo devido a sua pertinência.

Tais direitos implícitos são direitos fundamentais por sua natureza. Podem ser induzidos ou deduzidos de outros que a Constituição explicita. [...] ⁴⁶⁹ Direitos implícitos igualmente podem ser deduzidos dos tratados internacionais. Isto advém de uma inovação da Constituição em vigor. Trata-se, porém, de uma previsão desnecessária, pois, se o direito fundamental implícito o é por sua natureza (projeção da eminente dignidade humana), já o seria mesmo que não fosse possível de deduzir de tratado internacional. ⁴⁷⁰ [grifo nosso]

Entretanto, o olhar sempre crítico de FERREIRA FILHO alerta que a proliferação de direitos fundamentais meramente formais tem o duplo inconveniente de desvalorizar os verdadeiros direitos fundamentais e de trivializar a noção. ⁴⁷¹

2.2.2 A POSSIBILIDADE DE UMA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL ABERTA – ART.5º, §2º

Na linha dos conceitos acima mostrados, Jorge MIRANDA diz que quanto ao enlace entre Constituição formal e Constituição instrumental, há que reiterar que as normas constantes da Constituição formal são, pelo menos em princípio, normas materialmente constitucionais; mas que, para lá delas, muitas outras pode haver também materialmente constitucionais (de 2º grau), embora dispersas por diplomas de Direito ordinário. ⁴⁷²

Não por outro motivo, observa FERREIRA FILHO que “Em todas as Constituições brasileiras, desde a de 1891, (art.78), a enumeração de direitos fundamentais tem caráter exemplificativo. É o que decorre do art. 5º, §2º, da Carta em vigor [...]” ⁴⁷³

Estabelece, então o seguinte nossa atual Constituição neste ponto:

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 ao República Federativa do Brasil seja parte. ⁴⁷⁴

⁴⁶⁹ Como por exemplo, “o direito ao segredo, ou sigilo. Não só este se depreende do direito à privacidade e à intimidade (art. 5º, X), mas é ele a base – não referida – de outros, como o do sigilo da fonte de informações (art. 5º, XIV). Outro, o direito à incolumidade física que aponta por detrás da proibição de tratamento desumano e da tortura (art. 5º, III)”. Cf. *Direitos Humanos Fundamentais*, op. cit., p. 122.

⁴⁷⁰ *Ibid.*, p. 122-124.

⁴⁷¹ *Ibidem*, p. 124.

⁴⁷² Jorge Miranda. *Manual de direito constitucional*, 6ªed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, v. II, p. 52.

⁴⁷³ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direitos Humanos Fundamentais*, op. cit., p. 122.

⁴⁷⁴ Cf. *In verbis*, Art. 5º, §2º. BRASIL. Constituição, 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*.

Delimitando, neste momento, o conteúdo do citado dispositivo constitucional brasileiro para analisá-lo em dois momentos, encontramos que a origem do §2º, art. 5º – ao menos em parte – provém da 9ª. emenda à Constituição dos Estados Unidos promulgada em 1791, que reza: “a enumeração de certos direitos na Constituição não deverá ser interpretada como anulando ou restringindo outros direitos conservados pelo povo”. Esta, como se sabe, teve forte influência sobre a segunda Constituição brasileira que em seu art. 78 da Carta de 1891 o reproduziu, e foi repetido por todas as Constituições posteriores.⁴⁷⁵

Ao compararmos ainda com a Constituição de 1967 (EC.1/69), no art. 153, §36, que previa “a especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”, confirmamos não só a manutenção da previsão constitucional no decorrer das Constituições brasileiras, mas bem como, de seu entendimento, pois, PONTES DE MIRANDA ensinava que o propósito da norma, de extração norte-americana (IX Emenda), era explicitar que “a enumeração de alguns direitos na Constituição não pode ser interpretada no sentido de excluir ou enfraquecer outros direitos que tem o povo”, acrescentando que “os textos constitucionais quando se preocupam com os direitos dos indivíduos e dos nacionais, mas cogitam daqueles que facilmente se põem em perigo. Com isso, não negam os outros [...]. Uma das consequências da regra jurídica do art. 153, § 36, é refugar-se, a respeito de direitos e garantias, o princípio de interpretação das leis *inclusio unius alterius est exclusio*”.⁴⁷⁶

A boa doutrina deixa subentendido, na verdade, que a prática é como que uma “tradição” constitucional:

Seja qual for o critério ou postulado que se queira adoptar para definir o âmbito da Constituição em sentido material – é indiscutível que as normas materialmente constitucionais não entram todas na Constituição formal. **Não entram hoje, como não entravam já nas Constituições liberais.** Basta pensar no próprio domínio mais generalizante tido por pertencente à Constituição em sentido material, do estatuto dos órgãos e dos titulares dos órgãos governativos à regulamentação das eleições políticas [...]. E vários capítulos de Direito constitucional – o Direito parlamentar, o Direito eleitoral, o Direito constitucional da economia – incluem numerosas normas de Direito ordinário, **assim como as normas concernentes aos direitos fundamentais até se entrelaçam, por vezes, com normas de Direito internacional [...]**⁴⁷⁷ [sic] [negrito nosso]

⁴⁷⁵ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2ª ed., vol.1 – Arts. 1º a 103. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 84.

⁴⁷⁶ Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1 / 1969*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, t. 5, p. 659.

⁴⁷⁷ Jorge Miranda. *Manual de direito constitucional*, v. II, op. cit., p. 53-54.

Neste sentido o alcance do dispositivo em exame significa simplesmente que a Constituição brasileira ao enumerar os direitos fundamentais não pretende ser exaustiva, explica FERREIRA FILHO; e que, por isso, além desses direitos explicitamente reconhecidos, admite existirem outros “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”, incluindo também aqueles que derivam de tratados internacionais, conforme se tratará abaixo.⁴⁷⁸

Pode-se afirmar que o parágrafo em questão, 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, e que, sua fundamentalidade decorre da sua referência a posições jurídicas ligadas ao valor da dignidade humana; tendo em vista sua importância, não podem ser deixados à disponibilidade do legislador ordinário.⁴⁷⁹

É o que Jorge MIRANDA chama de “cláusula constitucional aberta”, ao analisar norma semelhante na Constituição portuguesa:

O n. 1 do art. 16 da Constituição aponta para um sentido material de direitos fundamentais: estes não são apenas os que as normas formalmente constitucionais enunciam; são ou podem ser também direitos provenientes de outras fontes, na perspectiva mais ampla da Constituição material. Não se depara, pois, no texto constitucional um elenco taxativo de direitos fundamentais. Pelo contrário, a enumeração é uma enumeração aberta, sempre pronta para ser preenchida ou completada através de outros direitos ou, quanto a cada direito através de novas faculdades para além daqueles que se encontram definidas ou especificadas em cada momento. Daí poder-se apelidar o art. 16, n.1, de **cláusula aberta** ou de **não tipicidade de direitos fundamentais**.⁴⁸⁰ [negrito nosso]

Nestes termos: “A *incompletude* é, mesmo para alguns Autores, uma sua característica”.⁴⁸¹ [itálico do autor]

Konrad HESSE analisa a referida estrutura nos corpos constitucionais, como ordem jurídica fundamental e aberta da comunidade. Para ele, cabe a essa ordem constitucional

⁴⁷⁸ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, vol.1, op. cit., p. 84.

⁴⁷⁹ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. op. cit., p. 170 e ss. Ainda mencionam os autores que, por influência da doutrina alemã, há quem mencione o direito de igual acesso aos cargos públicos (art. 37, I) como direito fundamental, bem como a legitimação ativa para iniciativa popular (art. 61, § 2º) – vista como autêntico direito de participação política –, a proclamação de igualdade de direitos e obrigações entre os cônjuges (art. 226, § 5º) e o direito dos filhos a tratamento igualitário (art. 227, § 6º). No âmbito dos direitos sociais, seriam direitos fundamentais fora do catálogo os direitos à previdência social e à assistência social e o direito a proteção do meio ambiente (art. 225), este último já mencionado no STF como direito fundamental de terceira geração (RE 134.297-8/SP, DJ de 22-9-1995).

⁴⁸⁰ Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*. v. 4, op. cit., p.153.

⁴⁸¹ Jorge Miranda. *Manual de direito constitucional*, v. 2, op. cit., p. 54.

aberta: a) determinar os princípios diretores segundo os quais se deve formar a “unidade política” e prosseguir a atividade estadual; b) regular o processo de solução de conflitos dentro de uma comunidade; c) ordenar a organização e o processo de formação da unidade política e da atuação estadual; d) criar os fundamentos e normatizar os princípios da ordem jurídica global.⁴⁸²

Maior desafio de compreensão surge na parte final do dispositivo em estudo, isto é, ao mencionar o §2º do art. 5º “direitos decorrentes de tratado”, reveja-se para análise de sua parte final:

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**”.
[negrito nosso]

Na observação de PIOVESAN, a Carta de 1988 consagra de forma inédita, ao fim da extensa Declaração de Direitos por ela prevista, que os direitos e garantias expressos na Constituição ‘não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’ (art. 5º, §2º). E, fazendo referência a Constituição de 1967, no já citado art. 153, §36, conclui que a Carta de 1988 inova ao incluir entre os direitos constitucionalmente protegidos os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário.⁴⁸³

Ao interpretar o dispositivo em tela, Pedro DALLARI parte da análise de que a Constituição de 1988, ao prever 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 do processo de edificação de sistemas de normas vinculadas ao Direito Internacional Público, mas a busca da plena integração de regras de tais sistemas à ordem jurídica interna de cada Estado, o que ressalta a importância do § 2º do art. 5º da Constituição brasileira de 1988, que daria plena vigência aos direitos e garantias decorrentes “dos tratados internacionais e que a República Federativa do Brasil seja parte”:⁴⁸⁴

⁴⁸² Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 12. Ed., Heidelberg-Karlsruhe, 1980, p. 13, *apud*, José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 116.

⁴⁸³ Flávia Piovesan, *Direitos humanos e o direito Constitucional Internacional*, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 113-114.

⁴⁸⁴ Pedro Dallari. *Constituição e relações exteriores*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 162.

Essa norma constitucional, concebida precipuamente para disciplinar situações no âmbito interno do País, pode e deve ser vista, se associada ao inciso II do art. 4º, como instrumento que procura dar coerência à sustentação do princípio constitucional de relações exteriores em pauta e que, por isso mesmo, possibilita ao Brasil intervir no âmbito da comunidade internacional não apenas para defender a assunção de tal princípio, mas também para, em um estágio já mais avançado, dar-lhe materialidade efetiva.⁴⁸⁵

Enfatizando a novidade no texto constitucional brasileiro de 1988, FERREIRA FILHO comenta que a menção a tais direitos decorrentes de tratado, “acrescentam-se aos direitos fundamentais enunciados na Constituição todos aqueles que estiverem previstos em tratado internacional (devidamente ratificado e promulgado – arts. 49, I, e 84, VIII).⁴⁸⁶

Entretanto, conforme já se desenvolveu no capítulo anterior, os tratados ratificados e promulgados na ordem interna pelo *iter* descrito (arts. 49, I, e 84, VIII), são reconhecidos com *status* de lei ordinária, e, por outro lado, os direitos fundamentais são normas constitucionais. Some-se a isto, a descrita cláusula aberta no § 2º do art. 5º que reconhece direitos fundamentais implícitos, sejam eles decorrentes da ordem interna ou, como novidade trazida pelo texto brasileiro de 1988, da ordem internacional, conforme se apontou. Por certo que, os direitos consubstanciados em tratados sobre direitos humanos, se incorporados, teriam a mesma envergadura, ou não...

Este é o tema do tópico seguinte.

2.3 HIERARQUIA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

Para se fazer uma análise adequada da posição hierárquica dos documentos internacionais sobre direitos humanos no Brasil é preciso que se analise a questão em dois momentos: 1) perante o §2º do art. 5º da Constituição de 1988 – sendo, portanto, este subitem

⁴⁸⁵ Ibid. Ainda afirma Pedro Dallari que: “Foi essa, sem dúvida, a perspectiva adotada por Celso Lafer, alguns anos antes da instalação da Assembléia Nacional Constituinte, ao avaliar, “numa visão prospectiva, que a instauração do Estado de Direito e a diminuição do arbítrio, ora em fase de discussão interna em nosso país, venha a levar a uma tutela adequada dos direitos humanos e a uma melhor compreensão do papel que esta tutela tem no plano internacional”. Ibidem, p. 163.

⁴⁸⁶ Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2ª ed., vol.1 – Arts. 1º a 103, op. cit., p. 85.

continuação do raciocínio traçado no tópico anterior, mas delimitado à noção de hierarquia; 2) a partir da inserção, pela Emenda Constitucional 45 de 2004, do § 3º ao art. 5º, fruto do Poder Constituinte de Reforma.

Como já fora bem detalhado no Capítulo anterior, a Constituição de 1988 descarta de hierarquizar os tratados internacionais na ordem interna, limitando-se em descrever a competência exclusiva do Congresso Nacional para resolver sobre “*tratados, acordos ou atos internacionais*” (art. 49, I) e a competência privativa do Presidente da República para “*celebrar tratados, convenções e atos internacionais*”, que ficam sujeitos a referendo do Congresso Nacional (art. 84, VIII); não constando igualmente, menção alguma no elenco normativo do art. 59 da atual Carta Magna.

Assim, no que diz respeito a posição dos tratados internacionais sobre direitos humanos na ordem interna (com mais intensidade no momento antes da EC-45/2004), restou a cargo da doutrina e da jurisprudência, à exemplo do que se estudou sobre os tratados internacionais comuns.

Neste sentido: “Cumprе ressaltar que inexistе no seio do texto constitucional, ressaltada a hipótese que trata dos direitos humanos, qualquer dispositivo que enfrente a espinhosa relação entre o direito internacional e o interno de forma pontual, nem há menção expressa a qualquer das correntes, monista ou dualista”.⁴⁸⁷

Por esta razão, ANNA CANDIDA observa que o “fenômeno” da internacionalização dos direitos humanos exige, cada vez mais, que os Estados convirjam seus governos para a garantia e proteção dos direitos da pessoa humana e que, no Brasil, só muito recentemente, a internacionalização dos direitos humanos vem merecendo guarida constitucional, o que pode gerar tensões principalmente em decorrência da forma pela qual os documentos internacionais integram o ordenamento estatal.⁴⁸⁸

Vale lembrar, conforme já se analisou por ocasião da hierarquia dos tratados internacionais comuns, que a Constituição brasileira não atribui a estes documentos uma posição expressa, ou mais, força de norma constitucional expressamente.

Reitere-se o exemplo da Constituição de Portugal, cujo art. 8º estabelece:

Artigo 8º – Direito Internacional

⁴⁸⁷ CALETTI, Leandro. *A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no cenário da Emenda à Constituição nº 45/2004: notas acerca da compulsoriedade do novo regime e da denúncia dos Tratados*. Revista da AGU, ano VI, n. 13, p. 153-176, ago/2007, p. 159.

⁴⁸⁸ Anna Candida da Cunha Ferraz. *Conflitos e Tensões na Jurisdição Constitucional decorrentes da Internacionalização dos Direitos Humanos*. Direitos Fundamentais & Justiça, v. 28, p. 125-152, 2014.

1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português.
2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português.
3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos.
4. As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático.⁴⁸⁹

De anotar-se, outra vez, a maneira pela qual a Constituição da Argentina, após a reforma de 1994 contempla a temática do Direito Internacional:

Artigo 75.- Compete ao Congresso:

[...]

22. Aprovar ou rejeitar tratados concluídos com outras nações e com organizações internacionais e concordatas com a Santa Sé. Os tratados e as concordatas têm uma hierarquia superior à das leis.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; a Declaração Universal dos Direitos Humanos; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos; o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e o seu Protocolo Facultativo; Convenção sobre Prevenção e Punição do Crime de Genocídio; Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Punições Cruéis, Desumanos ou Degradantes; a Convenção sobre os Direitos da Criança; nas condições de sua validade, eles têm uma hierarquia constitucional, não revogam qualquer artigo da primeira parte desta Constituição e devem ser entendidos como complementares aos direitos e garantias reconhecidos por ela. Eles só podem ser denunciados, quando apropriado, pelo Poder Executivo nacional, com a aprovação prévia de dois terços de todos os membros de cada Câmara. Os outros tratados e convenções sobre direitos humanos, depois de aprovados pelo Congresso, exigirão o voto de dois terços da totalidade dos membros de cada Câmara para desfrutar da hierarquia constitucional.

24. Aprovar os tratados de integração que delegam a concorrência e a jurisdição para organizações supranacionais em condições de reciprocidade e igualdade e que respeitem a ordem democrática e os direitos humanos. As regras ditadas em sua decorrência têm uma hierarquia superior à das leis.⁴⁹⁰ [tradução nossa].

⁴⁸⁹ Cf. PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*, 1974. VII Revisão Constitucional [2005].

⁴⁹⁰ Cf. ARGENTINA. *Constitucion Nacional Argentina*. “Artículo 75.- Corresponde al Congreso: [...] 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los

Nesses Estados, as Constituições outorgam, aos documentos internacionais de direitos humanos ou gerais, validade igual às normas constitucionais, ou validade superior às leis internas, a chamada supralegalidade.

No caso de omissão constitucional sobre o tema, nos deparamos uma vez mais com as imagináveis possibilidades que a doutrina aponta. Repita-se a lição de Miguel GALVÃO TELES, que, a não atribuição expressa na Constituição, de um valor específico às normas de direito internacional geral, como é o caso brasileiro, poderão levar a várias situações quanto ao valor destas normas, a saber: (1) *valor constitucional*: as normas de direito internacional geral fariam parte integrante do direito constitucional e a sua violação desencadearia o fenômeno da inconstitucionalidade; (2) *valor infraconstitucional mas supralegislativo*: as normas de direito internacional geral não podem valer contra a Constituição, mas têm primazia hierárquica sobre o direito interno anterior e posterior, devendo os tribunais ou quaisquer outros órgãos aplicadores do direito recusar-se a aplicar o direito interno contrário ao direito internacional geral; (3) *valor equivalente ao das leis*: podendo revogar atos legislativos anteriores a ser revogados por leis posteriores; (4) *valor supracostitucional*: como expressamente estatui a Constituição holandesa, em que as normas de direito internacional têm primazia sobre as normas constitucionais.⁴⁹¹

A esta lição somamos, o ineditismo da Carta de 1988 ao consagrar uma cláusula aberta ao fim de sua Declaração de Direitos prevendo 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

concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional. 24. Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.”

⁴⁹¹ Miguel Galvão Teles, *Eficiência dos tratados na Ordem Interna Portuguesa (condições, termo, limites)*, Lisboa, 1976, p.42 et seq., loc. cit.

parte” (art. 5º, § 2º), demonstrando assim um ponto de abertura Constitucional a ordem Internacional.⁴⁹²

Acerca destas considerações CANOTILHO pondera:

As Constituições, embora continuem a ser pontos de legitimação, legitimidade e consenso autocentrados numa comunidade estadualmente organizada, devem abrir-se progressivamente a uma rede cooperativa de metanormas (‘estratégias internacionais’, ‘pressões concertadas’) e de normas oriundas de outros ‘centros’ transnacionais e infranacionais (regionais e locais) ou de ordens institucionais intermediárias (‘associações internacionais’, ‘programas internacionais’). A globalização internacional dos problemas (‘direitos humanos’, ‘proteção de recursos’, ‘ambiente’) aí está a demonstrar que, se a ‘Constituição jurídica do centro estadual’, territorialmente limitado, continua a ser uma carta de identidade política e cultural e uma mediação normativa necessária de estruturas básicas de justiça de um Estado-Nação, cada vez mais ela se deve articular com outros direitos, mais ou menos vinculantes e preceptivos (*hard law*), ou mais ou menos flexíveis (*soft law*), progressivamente forjados por novas ‘unidades políticas’ (‘cidade mundo’, ‘europa comunitária’, ‘casa européia’, ‘unidade africana’).⁴⁹³

Na demonstração de fundamentos que visam equiparar as normas decorrentes de tratados internacionais sobre direitos humanos à hierarquia Constitucional, CANÇADO TRINDADE, após descrever seus trabalhos, por ocasião da Constituinte que antecedeu a Constituição brasileira de 1988,⁴⁹⁴ observa que os direitos se fazem acompanhar necessariamente das garantias e vê como conquistas do direito internacional em favor do ser humano as que se projetam no Direito Constitucional, pois enriquecem a proteção da pessoa humana uma vez que encontra guarida tanto nas raízes do pensamento internacionalista quanto constitucionalista. Assim, o disposto no artigo 5, § 2º da Constituição Brasileira de 1988 seria um testemunho disso, além de inserir-se na nova tendência de recentes Constituições latino-americanas de conceder um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados.⁴⁹⁵

⁴⁹² Cf. Parte 2, capítulo 2, item 2.1.2 deste trabalho.

⁴⁹³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*, 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 18.

⁴⁹⁴ “Assim, a novidade do art. 5º (2) da Constituição de 1988 consiste no acréscimo, por proposta que avancei, ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, dos direitos e garantias expressos em tratados internacionais sobre proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte”. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 631.

⁴⁹⁵ *Ibid.*

Para CANÇADO TRINDADE, a especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição Brasileira de 1988, e teriam, portanto, “valor constitucional”. Vale dizer, as normas provenientes de tratados internacionais sobre direitos humanos (numa postura monista) fariam parte integrante diretamente do direito constitucional:

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

Com efeito, os tratados de direitos humanos requerem sua aplicação imediata pelas autoridades administrativas e judiciárias, e os direitos neles garantidos não de ser direta e integralmente consagrados no próprio direito interno. É o que vem de fazer a Constituição Brasileira de 1988, mediante os artigos 5 (2) e 5(1).⁴⁹⁶

Para este autor, isto seria possível porquê, os fundamentos últimos da proteção dos direitos humanos transcendem o direito estatal, e o consenso generalizado formado hoje em torno da necessidade da internacionalização de sua proteção corresponderiam a uma manifestação cultural de nossos tempos, juridicamente viabilizada pela coincidência de objetivos entre o direito internacional e o direito interno quanto à proteção da pessoa humana.⁴⁹⁷ Além disso, retira a possibilidade de aplicação imediata através da conjugação do já estudado § 2º do artigo 5º, com o § 1º do mesmo artigo que prevê que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Ao comentar acerca deste reconhecimento de hierarquia constitucional, por meio do § 2º do artigo 5º, Gilmar MENDES pontua que:

[...] uma solução que viesse a responder afirmativamente à questão colocada teria, certamente, de admitir que a Constituição concebida como um texto rígido tornar-se-ia flexível, pelo menos para o efeito da adição de novos direitos, até por que, como se sabe, o processo constitucional de aprovação dos tratados, entre nós, reforça a idéia de que é de direito ordinário de que se cuida (aprovação de decreto legislativo, mediante decisão da maioria dos membros presentes de cada uma das Casas,

⁴⁹⁶ Ibid., p. 632.

⁴⁹⁷ Ibidem.

presente a maioria absoluta de seus membros — maioria simples; ratificação mediante decreto do Chefe do Poder Executivo).⁴⁹⁸

Sobre o ponto, FERREIRA FILHO comenta que dada a “inflação” de direitos que declara a Constituição brasileira, seria difícil que se realizasse a hipótese de aparecer “novo” direito num tratado, entretanto, se houver este acréscimo, este novo direito não poderia ser abolido, por força da cláusula “pétrea” constante do art. 60, § 4º, IV.⁴⁹⁹

Neste sentido, houve na doutrina brasileira, uma importante corrente que sustentou serem os direitos humanos previstos em tratados internacionais não apenas normas de valor constitucional, como também cláusulas pétreas.

Nas conclusões de PIOVESAN, ao se efetuar a incorporação desta modalidade de tratado internacional, a Carta Brasileira atribuiria aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integrariam, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Para esta doutrinadora, esta conclusão advém de uma interpretação sistemática e teleológica do Texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetro axiológico a orientar a compreensão do fenômeno constitucional. Além disso, o Poder Constituinte soberano criador de Constituições estaria hoje, longe de ser um sistema autônomo que gravita em torno da soberania do Estado, pois a abertura ao Direito Internacional exigiria a observância de princípios materiais de política e direito internacional tendencialmente informador do Direito interno e, com isto, a abertura à normação internacional passaria a ser um elemento caracterizador da ordem constitucional contemporânea.⁵⁰⁰

Partindo destas premissas, a autora reafirma a natureza de “cláusula constitucional aberta” do § 2º do art. 5º do dispositivo constitucional brasileiro, afirmando a impossibilidade positivista de limitação ao texto, o densifica com normas e princípios para atingir o conceito de ‘bloco de constitucionalidade’⁵⁰¹ e afirma que, os direitos constantes

⁴⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, São Paulo: Saraiva, 1996, pág. 178.

⁴⁹⁹ Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2ª ed., vol.1 – Arts. 1º a 103, op. cit., p. 85.

⁵⁰⁰ Flávia Piovesan, *Direitos humanos e o direito Constitucional Internacional*, op. cit., p. 114-116.

⁵⁰¹ Para Canotilho: “O programa normativo-constitucional não pode se reduzir, de forma positivística, ao ‘texto’ da Constituição. Há que densificar, em profundidade, as normas e princípios da constituição, alargando o ‘bloco de constitucionalidade’ a princípios não escritos, mais ainda reconduzíveis ao programa normativo-constitucional, como formas de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas”. Cf. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, op. cit., p. 982.

dos tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte são direitos expressos, enumerados e claramente elencados não podendo ser de “difícil caracterização *a priori*”⁵⁰² Argumenta ainda que, todas as normas constitucionais são verdadeiras normas jurídicas que desempenham uma função útil no ordenamento, de onde não se poderia dar a nenhuma norma constitucional interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser, consoante o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais,⁵⁰³ e propõe, neste sentido, uma nova classificação dos direitos previstos pela Constituição, organizados em três grupos distintos:

a) o dos direitos expressos na Constituição (por exemplo, os direitos elencados pelo Texto nos incisos I a LXXVII do art. 5º); b) o dos direitos expressos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte; e, finalmente, c) o dos direitos implícitos (direitos que estão submetidos nas regras de garantias, bem como os decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição).⁵⁰⁴

Embora tenha se formado uma expressiva corrente doutrinária neste sentido,⁵⁰⁵ que pretendeu elevar os direitos previstos em tratados internacionais de direitos humanos à categoria de normas constitucionais de direitos fundamentais, a tese não obteve a adesão da Suprema Corte Brasileira que, por diversas vezes recusou o *status* constitucional aos direitos individuais previstos em tratados como o Pacto de San José,⁵⁰⁶ e a estes diplomas internacionais se reconhecia o *status* legal ordinário, aos moldes do que se estudou no capítulo anterior, ainda que versassem sobre direitos humanos.

Dentre estes julgados, destacamos o HC 72.131-RJ no qual se analisou a possibilidade da prisão civil do devedor como depositário infiel em alienação fiduciária em

⁵⁰² Em contraposição ao Professor José Afonso da Silva que ao analisar o caráter aberto da cláusula constitucional do art. 5º, § 2º afirma que “não são nem explícita nem implicitamente enumerados, mas provêm ou podem vir a prover do regime adotado, como o direito de resistência, entre outros de difícil caracterização *a priori*”. Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 18ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.174.

⁵⁰³ Na lição de Jorge Miranda: “a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê; a cada norma constitucional é preciso conferir, ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação. Interpretar a Constituição é ainda realizar a Constituição”. Cf. *Manual de direito constitucional*, t. II, op. cit., p. 260.

⁵⁰⁴ Flávia Piovesan, *Direitos humanos e o direito Constitucional Internacional*, op. cit., *passim*.

⁵⁰⁵ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O novo §3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia*. Revista de Informação Legislativa: Brasília, a. 42, n. 167, p. 93-114, jul./set. 2005. Como precursor: TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: *Arquivos de Direitos Humanos 1*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

⁵⁰⁶ Nesse sentido, HC 72.131, DJ de 1º-8-2003, Rel. para o acórdão Min. Moreira Alves; ADI-MC 1.480, DJ de 18-5-2001, Rel. Min. Celso de Mello; HC 75. 925-1, DJ de 12-12-1997, Rel. Min. Maurício Corrêa; RE 254.544, DJ de 26-5-2000, Rel. Min. Celso de Mello; HC 79.785, DJ de 22-11-2002, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

garantia, para destacar que, sendo o devedor nesta modalidade, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do art. 5º, LXVII, da Constituição Brasileira de 1988 e, nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica, que prevê: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.⁵⁰⁷

Com o destaque do trecho final no voto do Ministro Moreira Alves que, após breve análise acerca das considerações históricas da prisão civil nas Constituições brasileiras, afirma o *status* legal ordinário do documento internacional:

Por fim, nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária a Convenção de San José da Costa Rica, por estabelecer, no § 7º de seu artigo 7º que: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”. Com efeito, é pacífico na jurisprudência desta Corte que **os tratados internacionais ingressam em nosso ordenamento jurídico tão somente com força de lei ordinária** (o que ficou ainda mais evidente em face de o artigo 105, III, da Constituição que capitula, como caso de recurso especial a ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça como ocorre com relação à lei infraconstitucional, a negativa de vigência de tratado ou a contrariedade a ele), não se lhes aplicando, quando tendo eles integrado nossa ordem jurídica posteriormente à Constituição de 1988, o disposto no artigo 5º, § 2º, **pela singela razão de que não se admite emenda constitucional realizada por meio de ratificação de tratado**. Sendo, pois, mero dispositivo legal ordinário esse § 7º do artigo 7º a referida Convenção não pode restringir o alcance das exceções previstas no artigo 5º, LXVII, da nossa atual Constituição (e note-se que essas exceções se sobrepõem ao direito fundamental do devedor em não ser suscetível de prisão civil, o que implica em verdadeiro direito fundamental dos credores de dívida alimentar e de depósito convencional ou necessário), até para o efeito de revogar, por interpretação inconstitucional de seu silêncio no sentido de não admitir o que a Constituição brasileira admite expressamente, as normas sobre prisão civil do depositário infiel, e isso sem ainda se levar em consideração que, sendo o artigo 7º, § 7º, dessa Convenção norma de caráter geral, não revoga ele o dispositivo, em legislação especial, como é a relativa à alienação fiduciária em garantia, suscetível de prisão civil se se tornar depositário infiel. E a tudo o já dito se pode, também, acrescentar que esse § 7º deve ser interpretado com a prudente ressalva constante do § 2º do mesmo artigo 7º dessa Convenção que estabelece, sem distinguir prisão penal de prisão administrativa ou de prisão civil, que “ninguém pode ser privado de sua liberdade física, SALVO PELAS CAUSAS E NAS CONDIÇÕES PREVIAMENTE FIXADAS PELAS CONSTITUIÇÕES POLÍTICAS DOS ESTADOS-

⁵⁰⁷ Cf. CIDH. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*.

PARTES OU PELAS LEIS DE ACORDO COM ELAS PROMULGADAS”.⁵⁰⁸ [negrito nosso]

Assim, em votação não unânime, o Supremo Tribunal Federal manteve o entendimento de que os tratados internacionais, mesmo os que tratavam sobre direitos humanos, teriam *status* de lei ordinária na ordem jurídica interna brasileira, pois “inexiste, na perspectiva do modelo constitucional vigente no Brasil, qualquer precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno, sobretudo em face das cláusulas inscritas no texto da Constituição da República, eis que a ordem normativa externa não se superpõe, em hipótese alguma, ao que prescreve a Lei Fundamental da República [...]”.⁵⁰⁹

Nesta linha de raciocínio, mas preservando o reconhecimento de eventual direito fundamental nesta ordem proposta pelo art. 5º, § 2º da Constituição brasileira atual, FERREIRA FILHO leciona que o famoso parágrafo da Constituição ao atribuir *status* de direitos fundamentais a direitos decorrentes de tratados de que o Brasil seja parte, pode levantar questões como se isto significaria não poderem ser estes tratados denunciados ou se teria sido incorporado tais direitos ao nosso ordenamento de modo definitivo, mesmo se o tratado for denunciado.⁵¹⁰

Responde o constitucionalista que, embora ferva a controvérsia sobre o tema, trata-se de um falso problema, pois, de duas, uma, o direito fundamental ou é direito fundamental por natureza e a denúncia do tratado é irrelevante, pois como direito fundamental já pertenceria ao ordenamento brasileiro por força da cláusula de reconhecimento implícito, ou não é; em não o sendo, falta razão para considera-lo direito fundamental, e, assim, deve seguir a sorte dos direitos meramente legais que um tratado institui.⁵¹¹

Após, trata da questão da hierarquia, observando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal [provavelmente com base no já estudado R.E. 80.004] e chama maior atenção para o exercício do direito em outro regime:

Questão diversa é o regime de exercício do direito, que se tem de distinguir do direito propriamente dito – o seu conteúdo essencial. Este regime pode advir do tratado, como pode advir de norma infraconstitucional nacional. Ora, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as normas de

⁵⁰⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* nº 72.131-1/RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio, Rel. para o Acórdão Min. Moreira Alves, julgamento: 23/11/1995, DJ: 01-08-2003.

⁵⁰⁹ *Ibid.*, trecho extraído do voto do Ministro Celso de Mello. No caso em análise, foram vencidos os Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence.

⁵¹⁰ Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *O Poder Constituinte*, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 265.

⁵¹¹ *Ibid.*

tratado ingressam no nosso direito em nível de lei ordinária *anterior e são revogadas ou derogadas por lei posterior*. Isto se aplica a todo e qualquer tratado, mesmo aos tratados que disponham sobre direitos fundamentais.⁵¹²
[itálico do autor]

FERREIRA FILHO conclui o raciocínio no sentido de que a explicitação de direitos fundamentais no tratado ou a denúncia deste são irrelevantes para a existência de um direito fundamental “verdadeiro”, por natureza, sendo que o *plus* que o tratado pode trazer é o regime de exercício desse direito. Assim, distinguindo-se o direito – o seu conteúdo essencial – e o seu regime de exercício, torna-se claro que o aporte do tratado não passa do regime de exercício de um direito, regime este que pode ser fixado no plano infraconstitucional pela lei, e, por esta razão não há de surpreender que norma legal posterior derogue ou revogue o regime estabelecido pelo tratado.⁵¹³

Ao ter-se em mente o ponto de partida de raciocínio do autor, no que tange ao reconhecimento de direitos fundamentais implícitos na própria ordem interna, fica lógica as conclusões explicitadas, entretanto, a construção pretoriana houve por bem uma mudança na jurisprudência apontada, elevando a hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos acima das leis ordinárias, desde que não aprovados pelo § 3º do art. 5º da Constituição brasileira de 1988; novidade trazida pela Emenda Constitucional n. 45/2004 e que é analisada no tópico seguinte, dentro dos limites propostos pelo trabalho.

2.3.1 O PROCEDIMENTO TRAZIDO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004 – ART.5º, §3º

Apesar do exposto, em sede jurisprudencial, a matéria relativa a hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos nunca foi pacífica em nosso país, tendo o Supremo Tribunal Federal tido a oportunidade de, em mais de uma ocasião, analisar o assunto, sempre havendo divergências entre os ministros no tocante a hierarquia desta natureza de tratados. Como exemplo, cite-se trecho do voto do Ministro Sepúlveda Pertence que apesar de não admitir a hierarquia constitucional desses tratados, passou a aceitar o *status* de norma supralegal, sob pena de um esvaziamento de sentido, do já analisado, §2º, art. 5º da Constituição de 1988:

⁵¹² Ibid., p. 265.

⁵¹³ Ibidem.

“Se assim é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º, § 2º, da Constituição, seria esvaziar de muito o seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos de seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos. Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, tendo assim (...) a aceitar a outorga de força supra-legal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes”.⁵¹⁴

Para Valério MAZZUOLI, foi em virtude das controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais existentes até então no Brasil, e com o intuito de pôr fim às discussões relativas à hierarquia dos tratados internacionais de direito humanos no ordenamento jurídico pátrio, que acrescentou-se um parágrafo subsequente ao § 2º do art. 5º da Constituição, por meio da Emenda Constitucional nº. 45, de 8 de dezembro de 2004, proveniente da PEC 29/2000 relativa à “Reforma do Judiciário”.⁵¹⁵ Com o seguinte conteúdo:

§ 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.⁵¹⁶

Na lição de Gilmar MENDES e Paulo BRANCO, fontes do direito são os modos de criação ou de revelação das normas jurídicas. A Constituição brasileira, como de resto a da mais vasta maioria dos sistemas, tem fontes primárias escritas. Ela resulta da aprovação e inclusão em um documento escrito e solene, aprovado pela Assembleia Nacional Constituinte, de um conjunto de disposições normativas. As dezenas de emendas à Constituição, advindas do poder constituinte de reforma, como as seis emendas de revisão, todas são fontes formais do Direito Constitucional brasileiro. Diante do que se contém o § 3º do art. 5º da Constituição, também tratados e convenções internacionais “aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos

⁵¹⁴ Cf. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso em Habeas Corpus* nº 79.785/RJ, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento: 29/13/2000, DJ: 22-11-2002.

⁵¹⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O novo §3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia*. Revista de Informação Legislativa: Brasília, a. 42, n. 167, p. 93-114, jul./set. 2005, p. 95-96.

⁵¹⁶ BRASIL. Constituição, 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*.

membros” consubstanciam normas constitucionais, sendo, assim, igualmente, fontes do nosso Direito Constitucional.⁵¹⁷

Como o presente tópico visa a compreensão da hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos no direito positivo brasileiro, já se percebe de pronto a possibilidade de um tratado internacional sobre direitos humanos adentrar a ordem interna com *status* de norma constitucional, pois, como se percebe da redação do dispositivo, este é materialmente semelhante à do art. 60, § 2º da Constituição, segundo o qual toda proposta de emenda à Constituição “será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros”.⁵¹⁸

Assim, nas palavras enfáticas de Paulo BRANCO e Gilmar MENDES, temos a possibilidade de “nesses casos, e apenas nesses, essas normas gozarem de *status* constitucional”.⁵¹⁹

Apesar do trabalho do Constituinte derivado poder representar, numa primeira leitura do novo § 3º do art. 5º, como um ponto de avanço e pacificação da temática que envolve a questão dos tratados internacionais, notadamente os que versam sobre direitos humanos, a reforma constitucional não pôs fim a problemática de se saber a hierarquia dos tratados sobre direitos humanos na ordem interna e manteve a discussão acesa.

Para ANNA CANDIDA, é evidente que a inserção do § 3º ao artigo 5º, significou um novo momento na internalização dos documentos internacionais no Brasil,⁵²⁰ mas o

⁵¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 58 e ss.

⁵¹⁸ BRASIL. Constituição, 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*, op., cit. De notar-se a interessante dissertação de Mestrado de Samir Dib Bachour, que vê no aludido dispositivo uma nova manifestação de Poder Constituinte, com o objetivo de oferecer soluções coerentes para toda a problemática envolvida. Cf. BACHOUR, Samir Dib. *Poder constituinte derivado de equivalência às emendas constitucionais: os tratados de direitos humanos após a EC nº 45/04*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

⁵¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. op. cit., p. 1151.

⁵²⁰ Para Amaral Junior e Jubilut: “[...] a referida complementaridade indica uma dialética entre o interno e o internacional relativamente à proteção dos direitos humanos, na qual as transformações em uma esfera repercutem diretamente na configuração da outra”. Cf. AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra. *O Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal*. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.). *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo, Quartier Latin: 2009, p. 32.

Mais enfático, mas no mesmo sentido: “Indissociavelmente acoplado ao sistema jurídico e institucional interno estão as **obrigações internacionais dos estados**, sejam estas decorrentes de tratados e convenções internacionais, como estipula o texto constitucional brasileiro em seu artigo 5º, § 2º, sejam em razão de normas cogentes de direito internacional geral. Desse modo, não por mera cortesia ou conveniência como pressupunha o conceito de *comitas gentium* herdado de outras eras, mas em decorrência de obrigação jurídica internacional, deve o Brasil aplicar internamente, inserindo em seu ordenamento, as normas contidas em tratados”. Cf.

constituinte derivado não foi feliz na opção que fez, pois, a opção teria sido boa, mas incompleta, dando causa a várias questões que acabariam por provocar tensões na aplicação do novo tratamento dado aos documentos internacionais de direitos humanos.⁵²¹

No pensamento desta jurista, o constituinte brasileiro teria “copiado” o modelo adotado pela Constituição da Argentina,⁵²² para internacionalizar os documentos internacionais de direitos humanos no Brasil, mas teria copiado mal.⁵²³

Fica fácil de compreender a comparação que a autora faz, pois, ao se analisar mais detidamente o acima citado art. 75 da Constituição Argentina, percebe-se que o legislador estrangeiro foi bem mais detalhista em sua reforma constitucional, elevando os documentos internacionais de direitos humanos ao patamar de normas constitucionais, e, atribuindo o mesmo *status* aos documentos internacionais de direitos humanos *anteriores* à data da reforma, além disso, os relaciona um a um e institui o *status* da supralegalidade para os demais documentos internacionais.⁵²⁴

Assim, para parcela da doutrina, o novo dispositivo, em princípio, veio complementar o já referido § 2º do mesmo artigo, que, como já se observou inclusive, consagrou expressamente a abertura material dos direitos fundamentais no sistema constitucional nacional, agasalhando norma geral inclusiva.⁵²⁵

Por outro lado observa-se que, a Emenda Constitucional nº 45, ao cuidar apenas dos “novos” documentos de direitos humanos, que a partir de 2004 adentrassem no país com

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*, 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.243.

⁵²¹ Anna Candida da Cunha Ferraz. *Conflitos e Tensões na Jurisdição Constitucional decorrentes da Internacionalização dos Direitos Humanos*. Direitos Fundamentais & Justiça, v. 28, p. 125-152, 2014, p 140.

⁵²² Em sentido contrário Valério de Oliveira Mazzuoli: “A inspiração do legislador constitucional brasileiro talvez tenha sido o art. 79, §§ 1º e 2º da Lei Fundamental alemã, que prevê que os tratados internacionais, sobretudo os relativos à paz (com a observação de que a Lei Fundamental alemã não se refere expressamente aos tratados “sobre direitos humanos” como faz agora o texto constitucional brasileiro), podem *complementar* a Constituição, uma vez que esta seja emendada por lei, aprovada por dois terços dos membros do Parlamento Federal e dois terços dos votos do Conselho Federal, nestes termos: “Artigo 79 [Emendas à Lei Fundamental] 1. A Lei Fundamental só poderá ser emendada por uma lei que *altere* ou *complemente* expressamente o seu texto. Em matéria de tratados internacionais que tenham por objeto regular a paz, prepara-la ou abolir um regime de ocupação, ou que objetivem promover a defesa da República Federal da Alemanha, será suficiente, para esclarecer que as disposições da Lei Fundamental não se opõem à conclusão e à entrada em vigor de tais tratados, *complementar*, e tão-somente isso, o texto da Lei Fundamental. 2. Essas leis precisam ser aprovadas por dois terços dos membros do Parlamento Federal e dois terços dos votos do Conselho Federal”. Cf. *O novo §3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia*. Revista de Informação Legislativa: Brasília, a. 42, n. 167, p. 93-114, jul./set. 2005, p. 96.

⁵²³ Anna Candida, *Conflitos e Tensões na Jurisdição Constitucional decorrentes da Internacionalização dos Direitos Humanos*, op. cit., p. 138.

⁵²⁴ Conforme já se anotou acima da transcrição do artigo 75 da Constituição da Argentina.

⁵²⁵ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Tratados Internacionais em matéria de direitos humanos: revisitando a discussão em torno dos parágrafos 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988*. In: NEVES, Marcelo (coord.) – *Transconstitucionalidade do Direito: Novas Perspectivas dos Conflitos entre Ordens Jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 74-75.

hierarquia constitucional desde que aprovados pelo rito das emendas teria deixado questões em aberto, como, por exemplo, qual seria a hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos que adentraram o ordenamento brasileiro antes de 2004, pois, salvo expressa disposição, uma Constituição vige para o futuro, não tendo como entender que a norma introduzida pela Emenda Constitucional 45/2004 tenha atribuído, tacitamente, *status* constitucional aos documentos que a antecederam,⁵²⁶ além de o Supremo Tribunal Federal já ter considerado tais documentos com hierarquia de leis federais – ordinárias – ante o § 2º do artigo 5º de nossa Lei Maior.⁵²⁷

Para FERREIRA FILHO, a Emenda Constitucional n. 45/2004 ao acrescentar um § 3º ao art. 5º da Constituição, prevendo que tratado sobre direitos humanos possa ser aprovado pela maioria necessária à aprovação de emenda constitucional, significa que os tratados assim aprovados serão equivalentes às emendas constitucionais. De tal fato, extraem-se duas lições: uma, a de que o constituinte reconhece que as normas reguladoras de regime, explicitadas em tratados internacionais, não tinham por si, e não têm por si, *status* de norma constitucional, pois se já tivessem não haveria a necessidade da nova previsão; outra, que, se forem no futuro adotadas pelo processo de emenda, tais normas passam a ter esse *status*, o que significa que o regime previsto no tratado se torna constitucionalizado formalmente, e, assim, não poderá ser desobedecido por norma infraconstitucional, nem poderá esta revoga-lo, ou derroga-lo, no futuro.⁵²⁸

Para Valério MAZZUOLI, a alteração do texto constitucional brasileiro, sob o pretexto de acabar com as discussões referentes às contendas doutrinárias e jurisprudenciais relativas ao *status* hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, veio causar graves problemas interpretativos relativos à integração, eficácia e aplicabilidade destes tratados no nosso direito interno, sendo que o primeiro deles foi o de ter feito tábula rasa de uma interpretação do § 2º do art. 5º da Constituição, que já estava sedimentada na doutrina humanista mais balizada.⁵²⁹

⁵²⁶ Neste mesmo sentido: “Situação não esclarecida diz respeito aos tratados adotados antes da EC n. 45, especialmente quanto ao seu *status* atual de lei ordinária. Não há como presumir equivalência em relação a emenda constitucional para aqueles anteriormente internalizados, porquanto o novo § 3º faz a respeito expressa distinção”. Cf. ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*, op. cit., p.242.

⁵²⁷ Cf. Anna Candida da Cunha Ferraz. *Conflitos e Tensões na Jurisdição Constitucional decorrentes da Internacionalização dos Direitos Humanos*, op. cit., p. 140-141.

⁵²⁸ Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *O Poder Constituinte*, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 266.

⁵²⁹ Valério Mazzuoli, *O novo §3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia*. Revista de Informação Legislativa: Brasília, a. 42, n. 167, p. 93-114, jul./set. 2005, p. 96.

Na verdade, o referido autor não poupa críticas ao aludido § 3º do artigo 5º, como por exemplo, o de saber se os tratados de direitos humanos ratificados anteriormente à entrada em vigor da Emenda nº 45, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e tantos outros, manteriam o *status* jurídico, caso não aprovados pelo *quórum* do § 3º do artigo 5º, por não haver, no citado dispositivo, qualquer ressalva aos compromissos assumidos anteriormente pelo Brasil; ou ainda, o poder que teria o Congresso Nacional de, a seu alvedrio e a seu talante, decidir qual a hierarquia normativa que devem ter determinados tratados de direitos humanos em detrimento de outros,⁵³⁰ o que poderia violar a completude material do bloco de constitucionalidade, subvertendo a ordem do processo constitucional de celebração de tratados (art. 49, I) e dando tratamento diferenciado para normas internacionais com o mesmo fundamento.⁵³¹

Em sentido contrário, na doutrina, Ingo SARLET observa que, é pelo menos questionável o entendimento – por mais sedutor que seja – de que por força da Emenda Constitucional n. 45 todos os tratados em matéria de direitos humanos já incorporados ao sistema jurídico brasileiro possam ser considerados como equivalentes às emendas constitucionais, já que não há como aplicar, nesse caso, o argumento da recepção uma vez que se tratam de procedimentos legislativos distintos, ainda que haja compatibilidade material, como se fosse possível transmutar um decreto legislativo aprovado pela maioria simples do Congresso Nacional em emenda constitucional que exige uma maioria reforçada de três quintos dos votos, sem considerar os demais limites formais de emendas à Constituição.⁵³²

⁵³⁰ Para ACCIOLY, NASCIMENTO e CASELLA o critério é do Poder Executivo: “Desde a EC n. 45 há nova classe de tratados alçados a patamar constitucional, a critério do Poder Executivo, na medida em que a este cabe definir qual procedimento envia ao Congresso cada novo tratado, respeitados os requisitos de aprovação (*quórum* especial e votação em dois turnos). Cf. *Manual de Direito Internacional Público*, op. cit., p.242.

⁵³¹ “O nosso poder reformador, ao conceber esse § 3º, parece não ter percebido que ele, além de subverter a ordem do processo constitucional de celebração de tratados, uma vez que não ressalva (como deveria fazer) a fase do *referendum* congressual do art. 49, inc. I, da Constituição (que diz competir exclusivamente ao Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”), também rompe a 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”. Cf. Valério Mazzuoli, *O novo §3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia*, op. cit., p. 101.

⁵³² SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Tratados Internacionais em matéria de direitos humanos: revisitando a discussão em torno dos parágrafos 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988*. In: NEVES, Marcelo (coord.) – *Transconstitucionalidade do Direito: Novas Perspectivas dos Conflitos entre Ordens Jurídicas*, op. cit., p. 77. Para este autor, o § 3º não vai contra o § 2º do artigo 5º da Constituição, mas reforça-o: “Tal preceito – para além de reforçar (pelo menos no que diz respeito ao direito constitucional positivo) a corrente de distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais a partir do seu respectivo plano

Assim, Alexandre de MORAES comenta que a necessidade de ratificação pelo Parlamento dos atos e tratados internacionais, consagrada no art. 49, I, da Constituição Federal, segue a tendência do direito comparado, no que se verifica, por exemplo, nos arts. 93 e 94 da Constituição espanhola de 1978; no art. 75, item 22, da Constituição da Nação Argentina, inclusive após a Reforma de 1994; nos arts. 85, item 5, e 89 da Constituição suíça; art. 59, item 2, da Lei Fundamental alemã de 1949; arts. 48 e 50 da Lei Constitucional Federal da Áustria, de 1929; 167, item 2, da Constituição da Bélgica, de 1994; art. 55 da Constituição da República Francesa de 1958; art. 28 da Constituição da Grécia de 1975.⁵³³

Consagra-se, desta forma, a supremacia das normas constitucionais em relação aos atos e tratados internacionais devidamente incorporados no ordenamento jurídico nacional, mesmo que, em algumas constituições, haja novas regras objetivando a maior efetividade dos direitos fundamentais, e que, no caso brasileiro, a opção de incorporação de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, nos termos do art. 49, I ou do § 3º, do art. 5º, será discricionário do Congresso Nacional.⁵³⁴

Nesses termos, já caberia relacionar, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, que foi devidamente incorporada ao nosso ordenamento jurídico interno com *status* constitucional – isto é, nos termos do novo § 3º do art. 5º, em tela – pelo Decreto Presidencial nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.⁵³⁵

Dentro das delimitações propostas no presente trabalho, mas apenas para ilustrar, a novidade realmente não é pacificadora da questão. DAVID ARAUJO, por exemplo, chama atenção para os efeitos da aludida Convenção sobre a ordem jurídica interna, sendo que, um deles, é a necessária constatação de que a Convenção ingressou no sistema como equivalente a Emenda Constitucional, para tanto, não seria necessário um grande esforço hermenêutico para se entender que toda a legislação infra constitucional contrária aos dizeres e valores

de reconhecimento e proteção jurídico-positiva – acabou por inserir no texto constitucional uma norma (no caso, uma regra do tipo procedimental, em primeira linha) dispondo sobre a forma de incorporação ao direito interno dos tratados em matéria de direitos humanos, que, interpretada em sintonia com o art. 5º, § 2º (de acordo com o qual os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios e os previstos em tratados internacionais), pode ser compreendida como assegurando – em princípio e em sendo adotado tal procedimento – a condição de direitos formalmente e materialmente fundamentais aos direitos consagrados no plano das convenções internacionais. [...] Destacamos, outrossim, que neste segmento – embora reconhecida a íntima relação com a questão da hierarquia dos tratados uma vez regularmente incorporados – estaremos privilegiando aspectos atinentes ao procedimento de incorporação e os principais problemas correlatos”. Ibid., p. 76-77.

⁵³³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 29ª ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 711.

⁵³⁴ Ibid., p. 711-712.

⁵³⁵ BRASIL. Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. DECRETO Nº 6.949, DE 25 DE AGOSTO DE 2009.

garantidos pela Convenção, já está automaticamente revogada, diante da incompatibilidade com o novo texto, pois se trata de norma de hierarquia superior, revogando, de imediato, normas pré-existentes de conteúdo contrário.⁵³⁶

Na lição de PIOVESAN, – e na linha do que este trabalho analisou no item 2.2.1 do presente capítulo – com o advento do § 3º do art. 5º surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais; sendo que, todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do § 2º do art. 5º, mas que, para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do § 3º, acrescer-lhes a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal.⁵³⁷

Para tanto, a referida autora ilustra o seguinte exemplo: “[...] ainda que fossem aprovados pelo elevado *quórum* de três quintos os votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, os tratados comerciais não passariam a ter *status* formal de norma constitucional tão somente pelo procedimento de sua aprovação”.⁵³⁸

Analisando a questão de modo crítico, Valério MAZZUOLI observa, que por meio da incorporação por Emenda Constitucional daí resultante poderia até mesmo piorar a proteção de direitos fundamentais quando nossa Constituição for mais benéfica, razão pela qual, seria preferível que se admitisse a condição de norma constitucional sem a previsão de rito, o que daria prevalência à norma mais benéfica à pessoa:

A Carta de 1988, com a disposição do § 2º do seu art. 5º, de forma inédita, passou a reconhecer claramente, no que tange ao seu sistema de direitos e garantias, uma *dupla fonte normativa*: a) aquela advinda do direito interno (direitos *expressos* e *implícitos* na Constituição, estes últimos decorrentes dos princípios por ela adotados), e; b) aquela outra advinda do direito internacional (decorrente dos *tratados internacionais* de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte). De forma expressa, a Carta de 1988 atribuiu aos tratados internacionais de proteção dos direitos

⁵³⁶ DAVID ARAUJO, Luiz Alberto. *A Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência da ONU e seus reflexos na ordem interna brasileira*, p. 73. In: DE LUCCA, Newton; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; NEVES, Mariana Barboza Baeta (coord.). *Direito Constitucional Contemporâneo – Homenagem ao Professor Michel Temer*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. José Levi Mello do Amaral Junior chama atenção sobre este ponto. AMARAL JUNIOR observa que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência adota conceito de capacidade mais amplo do que aquele do Código Civil Brasileiro, sendo provável que se configure, aqui, caso de não-recepção de dispositivos do Código Civil pela Convenção. Cf. AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. *Tratados internacionais sobre direitos humanos: como ficam após a reforma do poder judiciário*. Consulex - Revista Jurídica, ano IX, n. 197, p. 58-59, 31 mar. 2005, p. 59.

⁵³⁷ Flávia Piovesan, *Direitos humanos e o direito Constitucional Internacional*, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 145.

⁵³⁸ *Ibid.*, p. 144.

humanos devidamente ratificados pelo Estado brasileiro a condição de *fonte* do sistema constitucional de proteção de direitos. É dizer, tais tratados passaram a ser fonte do sistema constitucional de proteção de direitos no mesmo plano de eficácia e igualdade daqueles direitos, expressa ou implicitamente, consagrados pelo texto constitucional, o que justifica o *status* de norma constitucional que detêm tais instrumentos internacionais no ordenamento jurídico brasileiro. E essa dualidade de fontes que alimenta a completude do sistema significa que, em caso de conflito, deve o intérprete *optar* preferencialmente pela fonte que proporciona a norma *mais favorável* à pessoa protegida, pois o que se visa é a *otimização* e a *maximização* dos sistemas (interno e internacional) de proteção dos direitos e garantias individuais.⁵³⁹

Ao analisar questão atinente ao procedimento, ACCIOLY, NASCIMENTO e CASELLA colocam como interrogação a questão da promulgação, uma vez que as emendas constitucionais não são promulgadas pelo Chefe do Executivo, mas pelo Congresso, e, sendo assim, restaria saber como ante a ausência da promulgação o Chefe do Executivo procederia à ratificação do tratado:

“A ratificação constitui ato imprescindível para determinar o início da vigência, vinculando o Estado brasileiro no plano internacional. Somente o Presidente da República tem o poder de celebrar tratados, de forma que se inclui a comunicação aos demais países da aceitação interna. Não se coaduna com a separação de poderes, essencial em estado de direito, passar essa função ao Congresso, que não mantém relações diplomáticas nem representa o País no exterior. Consta-se que a EC n. 45 deixou esse ponto em aberto”.⁵⁴⁰

DAVID ARAUJO entende que a promulgação pelo Poder Executivo seria desnecessária, pois se está diante de um processo próprio de incorporação:

⁵³⁹ Valério de O. Mazzuoli, *O novo §3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia*, op. cit., p. 95. O autor ainda faz sugestões de alteração ao parágrafo § 3º (uma nova emenda constitucional), com a seguinte redação: “§ 3º Os tratados internacionais referidos pelo parágrafo anterior, uma vez ratificados, incorporam-se automaticamente na ordem interna brasileira com hierarquia constitucional, prevalecendo, no que forem suas disposições mais benéficas ao ser humano, às normas estabelecidas por esta Constituição”. Cf. 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. Para Mazzuoli, a inserção de um terceiro parágrafo ao rol dos direitos e garantias fundamentais do art. 5º da Constituição valeria tão-somente como *interpretação autêntica* do parágrafo anterior. Cf. *O novo §3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia*, op. cit., p. 99. Em outro trecho da referida análise, chega a propor uma aprovação “em bloco” de todos os tratados sobre direitos humanos, pelo novo rito do § 3º, caso o poder constituinte de reforma quede inerte, afim de se evitar discrepâncias entre diplomas jurídicos de mesmo conteúdo, mas com *status* diferente: “Por ora, como não está à vista uma nova reforma constitucional, o que se pode esperar, caso os nossos tribunais não entendam da maneira como cremos estar correta e como deixamos expresso neste estudo, é que a sociedade civil impulse um forte movimento no Congresso Nacional para a aprovação em bloco, pela maioria qualificada requerida pelo § 3º do art. 5º da Constituição, de todos os tratados internacionais de direitos humanos já ratificados pelo Brasil”. Id., p. 112.

⁵⁴⁰ Cf. ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, Paulo Borba, *Manual de Direito Internacional Público*, op. cit., p.242.

Se o projeto de Decreto Legislativo passou por duas votações em cada Casa e foi aprovado por três quintos, como se fosse uma emenda constitucional (com a mesma dificuldade), acreditamos que a vontade popular já está consagrada e não há necessidade, neste caso, do último ato do Poder Executivo. O Poder Executivo já se manifestou, assinando o instrumento internacional. O Poder Legislativo já se manifestou, por duas vezes, em cada Casa com quórum expressivo de três quintos. O sistema já está em condições de aplicar o instrumento constitucional. Se emenda fosse (e é equivalente à emenda), não teria passagem pelo Poder Executivo, pois independe de sanção. Ora, por analogia, diante do quórum qualificado fixado no parágrafo terceiro, do artigo quinto, podemos afirmar que a participação (da mesma forma que a Emenda Constitucional) seria dispensável nesta fase.⁵⁴¹

Sobre este ponto, note-se que a referida Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, que foram os primeiros tratados internacionais de direitos humanos aprovados nos termos do § 3º do art. 5º – como já se anotou –, foram aprovados por meio do Decreto Legislativo n. 186 de 10 de julho de 2008⁵⁴² e do já citado Decreto Presidencial nº 6.949, de 25 de agosto de 2009,⁵⁴³ que indicam o procedimento constitucional previsto nos artigos 49, I e 84, VIII da Constituição brasileira de 1988.

Ainda no tocante a distinção material, e, material e formal destas normas advindas de tratados de direitos humanos, importa realçar a diversidade de regimes jurídicos que se aplica aos tratados apenas materialmente constitucionais e aos tratados que, além de materialmente constitucionais, também são formalmente constitucionais: “e a diversidade de regimes jurídicos⁵⁴⁴ atém-se à denúncia, que é o ato unilateral pelo qual um Estado se retira de um tratado. Enquanto os tratados materialmente constitucionais podem ser suscetíveis de denúncia, os tratados material e formalmente constitucionais, por sua vez, não podem ser denunciados”.⁵⁴⁵

⁵⁴¹ DAVID ARAUJO, Luiz Alberto. *A Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência da ONU e seus reflexos na ordem interna brasileira*. In: DE LUCCA, Newton; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; NEVES, Mariana Barboza Baeta (coord.). *Direito Constitucional Contemporâneo – Homenagem ao Professor Michel Temer*, op. cit., p. 73.

⁵⁴² BRASIL. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo. DECRETO LEGISLATIVO Nº 186, de 10 de julho de 2008.

⁵⁴³ BRASIL. Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. DECRETO PRESIDENCIAL Nº 6.949, DE 25 DE AGOSTO DE 2009.

⁵⁴⁴ A este respeito o Professor FERREIRA FILHO assinala a possibilidade de graves dificuldades interpretativas, pois o regime do direito reconhecido em tratado pode ser diferente do que a Constituição atribui ao mesmo direito e que, nesta ocasião, deve haver o prevailecimento do regime estabelecido pela Carta Magna. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2ª ed., vol.1 – Arts. 1º a 103. São Paulo: Saraiva, 1997, p.85.

⁵⁴⁵ Flávia Piovesan, *Direitos humanos e o direito Constitucional Internacional*, op. cit., p. 145. A referida autora ainda lembra a natureza de cláusula pétreia que adviria do reconhecimento de serem todos os tratados sobre direitos humanos, como normas constitucionais: “Ao se admitir a natureza constitucional de todos os

Conforme já se apontou no item anterior, FERREIRA FILHO ao analisar a mesma questão, se posiciona de modo diferente. Para este constitucionalista, embora a atribuição de *status* constitucional a direitos fundamentais decorrentes de tratados de que o Brasil seja parte – nos moldes do § 2º do art. 5º [direitos materialmente constitucionais] –, pode levantar questões a saber se isto significaria não poderem ser estes tratados denunciados, ou se teria sido incorporado tais direitos ao nosso ordenamento de modo definitivo, mesmo se o tratado for denunciado, responde que, se o direito for realmente fundamental, a denúncia do tratado é irrelevante, pois como direito fundamental, já pertenceria ao ordenamento brasileiro por força da cláusula de reconhecimento implícito. Já no que diz respeito ao art. 5º, § 3º – direitos material e formalmente fundamentais – tais tratados não poderiam ser desrespeitados por terem sido constitucionalizados pelo novo rito previsto, e, portanto, fariam parte do regime constitucional.⁵⁴⁶

ACCIOLY, NASCIMENTO e CASELLA afirmam que, tem sido recorrente, embora sem base legal adequadamente configurada, a possibilidade do Poder Executivo de renunciar aos tratados sem intervenção do Legislativo, além disso, segundo a nova sistemática, o que se refere aos tratados em matéria de direitos humanos incorporados com *status* de Emenda Constitucional, sua derrogação só poderia ser feita por Emenda Constitucional.⁵⁴⁷

Relembrando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que já havia decidido pelo *status* de lei federal ordinária, mesmo para os tratados internacionais sobre direitos humanos, ANNA CANDIDA observa que a disciplina do § 3º originário da Emenda nº 45, veio, na verdade, reafirmar o acerto da orientação anterior, pois, se pelo § 2º, do artigo 5º da Constituição os documentos internacionais de direitos humanos já se desenhara como de norma constitucional, como defendiam alguns, por qual razão haveria de ser o inovador § 3º a prever que estes mesmos documentos serão equivalentes às normas constitucionais, desde que aprovados pelo rito de Emenda Constitucional, se assim já o eram? E, na mesma linha de FERREIRA FILHO supra apontada, conclui que, por esta razão, o § 3º veio reforçar a posição até então defendida pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que os tratados,

tratados de direitos humanos, há que ressaltar que os direitos constantes nos tratados internacionais, como os demais direitos e garantias individuais consagrados pela Constituição, constituem cláusula pétrea e não podem ser abolidos por meio de emenda à Constituição, nos termos do art. 60, § 4º. Atente-se que as cláusulas pétreas resguardam o núcleo material da Constituição, que compõe os valores fundamentais da ordem constitucional.” *Ibidem*.

⁵⁴⁶ Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *O Poder Constituinte*, op. cit., p. 265 et. seq.

⁵⁴⁷ Cf. ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*, op. cit., p.242.

por sua forma de adentrar em nosso ordenamento (assinatura do Presidente da República, referendo do Congresso Nacional e aprovação por Decreto, atos infraconstitucionais), somente podiam ter a natureza de leis federais, e, aqueles que, após a Emenda Constitucional nº 45/2004, fossem aprovados pelo rito da Emenda Constitucional teriam *status* equivalente à Emenda Constitucional.⁵⁴⁸

Das diversas exegeses e críticas possíveis ao § 3º do artigo 5º, certo é a reconhecida possibilidade, agora positivada na Constituição Brasileira, de os tratados internacionais sobre direitos humanos, possuírem formalmente *status* de norma constitucional.

2.3.2 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O RE 466.343

Apontadas as dúvidas e críticas à reforma constitucional analisada no tópico anterior, não tardou que novos questionamentos sobre a hierarquia dos documentos internacionais afluíssem novamente no Supremo Tribunal Federal, após a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, renovando a discussão sobre o inciso LXVII do artigo 5º da Constituição brasileira, que dispõe sobre a impossibilidade de prisão civil salvo no caso de recusa inescusável do pagamento de pensão alimentícia e na hipótese do depositário infiel.

A questão de fundo, na qual este trabalho analisa indiretamente, decorre do fato de a Constituição brasileira, no mencionado artigo 5º, LXVII, permitir a prisão civil do depositário infiel. Ocorre, porém, que a lei que disciplina a alienação fiduciária em garantia (Decreto-Lei n. 911/69)⁵⁴⁹ equiparou a situação do devedor àquela hipótese do depositário, o que leva a aplicação da norma da prisão civil a uma situação que não estaria prevista na hipótese constitucional.

Prosseguindo. Na observação de Alexandre de MORAES o Supremo Tribunal Federal já vinha alterando seu tradicional posicionamento, passando a proclamar o *status da supralegalidade* dos tratados internacionais incorporados no ordenamento jurídico

⁵⁴⁸ Cf. Anna Candida, *Conflitos e Tensões na Jurisdição Constitucional decorrentes da Internacionalização dos Direitos Humanos*, op. cit., p. 141.

⁵⁴⁹ BRASIL. *DECRETO-LEI Nº 911, DE 1º DE OUTUBRO DE 1969*. A questão hoje da prisão civil para o caso, já se encontra resolvida no Brasil, notadamente após a edição da Súmula Vinculante 25 que prescreve: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”. Cf. BRASIL. *SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – SÚMULA VINCULANTE 25*.

brasileiro.⁵⁵⁰ Dessa forma, o Supremo Tribunal brasileiro manteria a supremacia das normas constitucionais sobre o referido Pacto internacional que veda a prisão por dívida, porém inclinou-se pela interpretação da revogação das normas infraconstitucionais que disciplinavam a referida prisão civil, tendo, inclusive, revogado a Súmula 619, que previa:

Súmula 619 – STF: A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito.⁵⁵¹

Assim, a par da aludida reforma constitucional que introduziu o § 3º ao artigo 5º da Constituição brasileira, e do caminho jurisprudencial que o Supremo Tribunal brasileiro vinha se inclinando, a verdadeira mudança na jurisprudência da Suprema Corte brasileira veio com o Recurso Extraordinário 466.343-SP, onde a discussão, uma vez mais, invocava a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), ratificada pelo Brasil em 1992,⁵⁵² que veda a prisão por dívida, salvo em caso de pensão alimentar,⁵⁵³ para sustentar a inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, particularmente no caso do contrato de alienação fiduciária em garantia.

A ementa é a seguinte:

EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e

⁵⁵⁰ “A Corte decidiu, em relação à vedação da prisão civil do depositário infiel, que “a circunstância de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica, que restringe a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia (art. 7º, 7), conduz à inexistência de balizas visando à eficácia do que previsto no art. 5º, LXVII, da CF”; concluindo, que “com a introdução do aludido Pacto no ordenamento jurídico nacional, restaram derogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel. STF – Pleno – HC nº 87.585/TO – Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 3-12-2008. Ficaram vencidos, por qualificarem os tratados internacionais definidores de direitos fundamentais com *status constitucional*, após a EC 45/04, os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau”. Cf. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, op. cit., p.713.

⁵⁵¹ *Ibid.* Foi no julgamento do HC 92.566-SP, Rel Ministro Marco Aurélio, que o Supremo Tribunal Federal declarou expressamente revogada a Súmula 619 do STF, que autorizava a prisão civil do depositário infiel. Cf. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus nº 92.566-SP*. Relator: Ministro Marco Aurélio, DJ: 05-06-2009.

⁵⁵² BRASIL. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). DECRETO N. 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992.

⁵⁵³ “Artigo 7. Direito à liberdade pessoal - 7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”. Cf. CIDH. CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS.

dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.⁵⁵⁴

Sobre a origem do recurso. O Recurso Extraordinário chega ao Supremo Tribunal Federal por meio de recurso interposto pelo Banco Bradesco S.A., contra Luciano Cardoso Santos em ação de busca e apreensão de veículo alienado fiduciariamente em garantia do contrato de financiamento celebrado entre as partes, alegando o inadimplemento das prestações pecuniárias. O saldo devedor apontado na inicial é de R\$3.114,59 (três mil, cento e quatorze reais e cinquenta e nove centavos). Citado, o réu, ora recorrido, afirmou não mais estar em posse do bem, pelo que a ação foi convertida em ação de depósito. O réu, novamente citado, não apresentou o bem no prazo conferido nem depositou o correspondente valor em dinheiro. O Juiz de Direito, pela sentença de folha 38, julgou procedente o pedido e condenou o ora recorrido a restituir o veículo ou a entregar o seu equivalente em dinheiro no prazo de 24 horas, mas não decretou a sua prisão por entende-la inaplicável. O Tribunal de Justiça negou provimento à apelação do banco (fl. 70), subindo, então, o presente recurso extraordinário (fls. 79 a 89).⁵⁵⁵

A estrutura do julgamento do Recurso. Dois dados chamam facilmente pronta atenção na jurisprudência da nossa análise: a) o tempo de votação, isto é, do início da análise do Recurso até o seu término; b) a extensão dos votos de alguns Ministros em relação a outros.

O voto do Relator, Ministro Cezar Peluso, é proferido no dia 22 de novembro de 2006. Seguem-se na sequência os votos dos Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Marco Aurélio. Na aludida data, o Min. Celso de Mello pede vista dos autos e vem a proferir o seu voto apenas no dia 12 de março de 2008, ou seja, mais de dois anos após, onde pelo adiantar da hora o processo é suspenso e concedido pedido de vista ao Ministro Menezes Direito que profere seu voto apenas em 03 de dezembro de 2008, data oficial e final dos autos, com publicação em 05 de junho de 2009.

Em relação a extensão dos votos dos Ministros, temos a seguinte estrutura: um breve relatório de duas laudas; voto do Relator Cezar Peluso de vinte e sete laudas⁵⁵⁶; voto

⁵⁵⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário nº 466.343-1-SP*. Relator: Ministro Cezar Peluso, j. 03-12-2008; DJ: 05-06-2009. De observar-se a realização do julgamento conjunto com o RE n. 349.703, Rel Min. Gilmar Mendes bem como do HC nº 92.566, Rel Ministro Marco Aurélio, mencionado no princípio do presente tópico.

⁵⁵⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário nº 466.343-1-SP*, p. 2 et seq.

⁵⁵⁶ *Ibid.*, (p. 1-27), p. 3-29.

do Ministro Gilmar Mendes de cinquenta e nove laudas⁵⁵⁷; voto da Ministra Cármen Lúcia, duas laudas⁵⁵⁸; Ministro Ricardo Lewandowski, três laudas⁵⁵⁹; voto do Min. Joaquim Barbosa, três laudas⁵⁶⁰; voto do Min. Carlos Britto de cinco laudas⁵⁶¹; Min. Marco Aurélio, três laudas⁵⁶²; voto do Ministro Celso de Mello (após pedido de vista) de cinquenta e cinco laudas⁵⁶³; e por fim, voto do Ministro Menezes Direito de dezenove laudas.⁵⁶⁴

Sobre o status de “supralegalidade” dos tratados internacionais de direitos humanos e a motivação dos votos. Se pudéssemos medir a extensão dos votos de cada Ministro como um esforço de convencimento de suas convicções, como força argumentativa vencedora da decisão, de qual linha a ser seguida nesta conhecida mudança de posicionamento da Suprema Corte, diríamos, com facilidade, que se esforçaram para desenvolverem o chamado “voto condutor” os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello. Numa análise um pouco mais ousada, talvez, poderíamos chegar a um panorama no qual temos de um lado os pensamentos do Ministro Gilmar Mendes, de outro, como apontado, o Ministro Celso de Mello e como um ponderador votante o Ministro Menezes de Direito ou o Relator Ministro Cezar Peluso.

Certo é que os Ministros sabiam o que estavam por fazer, e que seus nomes seriam escritos na história constitucional pátria, para além da já honrosa posição de Ministro da maior Corte do Brasil, mas como aqueles que foram capazes de equacionar anos de discussão jurisprudencial e doutrinária, além do caráter universal das discussões, como já se analisou no capítulo anterior (teorias monista – KELSEN⁵⁶⁵ – e dualista – TRIEPEL⁵⁶⁶).

Uma de quatro eram as claras opções a serem seguidas pelos Ministros – no que tange à hierarquia do tratado em questão na ordem interna: *a*) a vertente que reconhece a natureza *supraconstitucional* dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos; (Celso Duviver de Albuquerque Mello⁵⁶⁷); *b*) o posicionamento que atribui caráter

⁵⁵⁷ Ibid., (p. 1-59), p. 30-88.

⁵⁵⁸ Ibid., (p. 1-2), p. 89-90.

⁵⁵⁹ Ibid., (p. 1-3), p. 91-93.

⁵⁶⁰ Ibid., (p. 1-3), p. 94-96.

⁵⁶¹ Ibid., (p. 1-5), p. 97-101.

⁵⁶² Ibid., (p. 1-3), p. 102-104.

⁵⁶³ Ibid., (p. 1-55), p. 106-160.

⁵⁶⁴ Ibid., (p. 1-19), p. 181-199.

⁵⁶⁵ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 515.

⁵⁶⁶ Cf. TRIEPEL, Karl Heinrich. *As relações entre o Direito Interno e o Direito Internacional*. Tradução de Amílcar de Castro. Belo Horizonte. 1964.

⁵⁶⁷ MELLO, Celso Duviver de Albuquerque. *O § 2º do art. 5º da Constituição Federal*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 25-26.

constitucional a esses diplomas internacionais; (Antonio Augusto Cançado Trindade⁵⁶⁸); *c*) a tendência que reconhece o *status de lei ordinária* a esse tipo de documento internacional; (precedente remoto e ainda válido do STF: RE n° 80.004/SE, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, DJ 29.12.1977⁵⁶⁹); *d*) por fim, a interpretação que atribui caráter *supralegal* aos tratados e convenções sobre direitos humanos (Fonte de inspiração no direito alienígena: art. 25 da Constituição Alemã; art. 55 da Constituição da França; art. 28 da Constituição da Grécia, etc.⁵⁷⁰).

Neste ponto, é imperiosa a observação de MENEZES DE ALMEIDA, que de maneira sucinta e precisa, analisa o RE 466.343 bem como, a maneira de decidir do Supremo Tribunal Federal. Alerta o referido autor, que a posição do Supremo “pode ter” mudado, e, explica as razões que o levam a observar o julgamento em termos de possibilidade, apesar da votação unânime:

O que se passa é que o STF, por unanimidade de votos, considerou inconstitucional a prisão civil por dívida do depositário infiel no caso de alienação fiduciária em garantia. Mas agora é necessário que se abra um parêntese para uma explicação sobre o modo pelo qual o STF (e os tribunais em geral) decidem no Brasil.

Cada julgador – no caso do STF são 11 “Ministros”) – tem total autonomia para proferir seu voto, oferecendo livremente as razões de decidir, e manifestando-se – *obiter dictum* – sobre diversos assuntos. A decisão do Tribunal, que se toma por maioria ou por unanimidade, forma-se tão somente quanto ao “dispositivo”, ou seja, quanto à conclusão de ser ou não constitucional uma norma, ou de ser ou não procedente uma ação, ou de merecer ou não provimento um recurso. Porém, não há nenhum modo pelo qual se uniformizam as razões de decidir. Sequer se pode considerar que as razões manifestadas no voto do Relator são as que prevalecem.

Com todo respeito que tenho a nosso STF e demais tribunais de País, ousou dizer que esse fato tem se tornado um problema para a segurança jurídica. Isso porque, um acórdão de centenas de páginas, em que cada julgador mais se preocupa em externar sua visão subjetiva sobre questões jurídicas muitas vezes tomadas em abstrato, dificilmente dotará a decisão jurisdicional da objetividade que se exige do Direito, com vistas não apenas a solucionar um caso concreto, mas a balizar o tratamento de casos futuros.

Fechando o parêntese, pode-se considerar o julgamento ora analisado como um claro exemplo de decisão unânime – no caso, decidiu-se unanimemente pela inconstitucionalidade da prisão civil por dívida do

⁵⁶⁸ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na proteção dos direitos humanos*. In: Arquivos do Ministério da Justiça, ano 46, n. 12, jul.-dez. 1993.

⁵⁶⁹ Cf. Neste trabalho: Parte II, Capítulo 1, item 1.2.2.

⁵⁷⁰ Referenciado em diversos momentos no decorrer do trabalho.

depositário infiel, a qual, entretanto, parte de motivações absolutamente diversas”.⁵⁷¹

É certo que as relações jurídicas no plano internacional surgem da necessidade de relacionamento pacífico entre os Estados soberanos, o quais, em princípio, gozam de poder absoluto e incontestável para se organizarem no plano político. A rigor, a própria organização política e jurídica de um Estado, dotado de soberania, lhe confere um sistema normativo próprio que lhe assegura uma regulação particular, fruto das conquistas e da história de cada nação. Apesar disso, a cada dia que passa, observamos uma interferência maior da regulação do direito internacional no plano do direito interno. Mas como fica a soberania de um Estado e a sua regulação normativa interna face a normatização do plano internacional? O direito interno é invariavelmente atingido nesse enfoque. Temos a presença dos tratados e acordos internacionais incorporados no direito nacional e isto demanda uma posição hierárquica, uma definição do seu raio de influência e sua delimitação na ordem interna.

Percebe-se do voto que acabou por se tornar o voto condutor, que o Ministro Gilmar Mendes, não utiliza a Constituição como paradigma da constitucionalidade, ou não, da prisão civil. Os esforços, na verdade, não se dirigem de modo a extrair de outros princípios, valores ou normas constitucionais, a conclusão da impossibilidade da prisão civil, pois a preocupação é, no final das contas, acomodar o Pacto de São José da Costa Rica à ordem jurídico-positiva brasileira. É fazer valer o documento internacional sem desrespeitar a Constituição que é a fonte autorizadora da modalidade de prisão que, pela evolução dos tempos, não mais se quer. Na verdade, o Eminentíssimo Ministro, valendo-se do Direito Comparado, procura mostrar a todo momento como outros países da Europa, em especial, e da América Latina, já fizeram seus esforços para se adaptarem as novas tendências. Como os textos constitucionais vêm se amoldando para dar a devida validade aos tratados, e conclama os demais Ministros neste sentido: “Tudo indica, portanto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sem sombra de dúvidas, tem de ser revisitada criticamente”.⁵⁷²

E é claro, que em determinado momento faz sua escolha:

⁵⁷¹ Fernando Dias Menezes de Almeida, *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988 e incorporação, ao Direito brasileiro, de tratados internacionais a eles relativos*. R. Fac. Dir. Univ. São Paulo, v. 106/107, jan./dez., 2011/2012, (p.287-303), p. 300-301.

⁵⁷² Cf. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário nº 466.343-1-SP*, (p. 18 no voto), p. 47.

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de “supralegalidade” aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de “supralegalidade”. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.⁵⁷³

O problema é que o chamado *status* de “supralegalidade” não é figura reconhecida na doutrina brasileira, quando se examina a pirâmide de normas do ordenamento jurídico brasileiro, estabelecida taxativamente pelo art. 59 da Constituição Federal. A Constituição brasileira não faz referência a tal modalidade de figura normativa hierárquica, diferentemente de outros países, como por exemplo, Argentina, utilizada nos argumentos do Ministro Gilmar Mendes, também, mas que, anteriormente, em sede de reforma constitucional alterara sua Constituição para a devida contemplação da figura normativa.

Talvez a questão seja melhor vista, se se observar o Supremo Tribunal Federal como órgão político que é, o qual, e a lição extrai-se de Robert DAHL, por deter a última palavra legal, pode se afastar da legalidade para criá-la:

Nesse sentido, imagino que ninguém questionará a proposição de que a Suprema Corte, ou mesmo qualquer corte ou tribunal, deva tomar decisões sobre políticas públicas. Porém, tal proposição não é muito útil para a questão em comento. O fundamental é a medida na qual uma corte ou tribunal pode e toma decisões sobre políticas públicas desviando-se dos critérios “jurídicos” encontrados na jurisprudência, nas leis e na constituição. Nesse aspecto, a Suprema Corte ocupa posição peculiar, porque uma característica essencial da instituição é que, frequentemente, seus membros decidem casos em que os critérios legais não são de forma alguma adequados à tarefa.⁵⁷⁴

Ou seja, da forma como foi equacionado o caso, se soluciona a questão fortalecendo a figura do juiz legislador em detrimento do que poderia ter sido devidamente ponderado por ocasião da própria Emenda 45. Se a omissão do constituinte revisor se consubstancia por um

⁵⁷³ Ibid., (p. 20 no voto), p. 49.

⁵⁷⁴ DAHL, Robert A. *Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 252, p. 25-43, mai. 2009, p. 26. Da versão em Inglês: Robert A. Dahl – *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*. Emory Law Journal. 50 (2001): 563-582.

benefício político específico,⁵⁷⁵ este não nos teria ficado visível, por ora, embora diga respeito a um tema específico que possa ser desenvolvido.

Sobre a Emenda Constitucional 45. Consideraríamos uma análise incompleta se não levássemos em consideração a influência que o referido emendamento produziu na decisão que ora se analisa. É claro que o direito comparado, a internacionalização do direito que gera aberturas na Constituição, a dinâmica da globalização e a própria necessidade de decidir (*non liquid*) permeiam o resultado modificador da Corte. Entretanto, na corrida dos poderes – numa visão madisoniana⁵⁷⁶ –, uma vez tendo o Legislativo procedido ao acréscimo do §3º no art.5º da Constituição Federal, era hora de preencher os espaços inacabados da conhecida Reforma do Judiciário e o Supremo Tribunal Federal assim o fez.

Esta consequência fica mais evidente no segundo voto condutor – se assim podemos chamar – o voto do Ministro Celso de Mello, onde a preocupação em fortalecer o papel da Suprema Corte, resta evidente:

⁵⁷⁵ “Most critics of these developments on democratic grounds have been preoccupied with the countermajoritarian nature and questionable democratic credential of fundamental moral choices made by unelected, unaccountable judges, primarily in the context of rights jurisprudence. But the ever-accelerating judicialization train has left the rights jurisprudence station. The expansion of the province of courts in determining political outcomes at the expenses of politicians, civil servants, and/or the populace has not only become more globally widespread than ever before; it has also expanded to become a manifold, multifaceted phenomenon, extending well beyond the now-standard concept of judge-made policy-making through constitutional rights jurisprudence and judicial redrawing of legislative boundaries”. Cf. HIRSCHL, Ran, *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Harvard University Press, 2004, p. 222.

⁵⁷⁶ Para Madison (O Federalista, nº. 51) o sucesso da democracia americana residiria justamente nesta “concorrência” entre os poderes: “A que expediente, então, deveremos recorrer, a fim de assegurar na prática a necessária repartição de atribuições entre os diferentes poderes, conforme prescreve a Constituição? A única resposta que pode ser dada é que, se todas essas medidas externas resultarem inadequadas, o defeito deve ser corrigido alterando-se a estrutura interna do governo, de modo que as diferentes partes constituintes possam, através de suas mútuas relações, ser os meios de conservar cada uma em seu devido lugar. [...] A fim de criar os devidos fundamentos para a atuação separada e distinta dos diferentes poderes do governo – o que, em certo grau, é admitido por todos como essencial à preservação da liberdade, é evidente que cada um deles deve ter uma personalidade própria e, conseqüentemente, ser de tal maneira constituído que os membros de um tenham a menor ingerência possível na escolha dos membros dos outros”. Cf. MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. O Federalista. Trad. de Ricardo Rodrigues Gama, 3ª ed. Russel Editores: Campinas, 2010, p. 329. – Em crítica, os Professores da Universidade de Harvard, LEVINSON e PILDES comentam, que não foi a competição pelas cadeiras, mas a competição entre os ocupantes das cadeiras, repartidas entre dois grandes partidos que engessaram a ‘máquina’ que deveria funcionar por si só na atuação equilibrada dos poderes: “The success of American democracy overwhelmed the Madisonian conception of separation of powers almost from the outset, preempting the political dynamics that were supposed to provide each branch with a “will of its own”. The Framers had not anticipated the nature of the democratic competition that would emerge in government and in the electorate. Political competition and cooperation along relatively stable lines of policy and ideological disagreement quickly came to be channeled not through the branches of government, but rather through an institution the Framers could imagine only dimly but nevertheless despised: political parties. As competition between the legislative and executive branches was displaced by competition between two major parties, the machine that was supposed to go of itself stopped running”. Cf. LEVINSON, Daryl J. & PILDES, Richard H. Separation of Parties, not Powers in *Harvard Law Review*, vol. 119, n. 8, June/2006, (p. 2311-2386), p. 2312.

Vê-se, daí, considerado esse quadro normativo em que preponderam declarações constitucionais e internacionais de direitos, que o Supremo Tribunal Federal se defronta com um grande desafio, consistente em extrair, dessas mesmas declarações internacionais e 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 fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs.

Presente esse contexto, convém insistir na asserção de que 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 políticas do Poder Judiciário.

O Juiz, no plano de nossa organização institucional, representa o órgão estatal incumbido de concretizar as liberdades públicas proclamadas pela declaração constitucional de direitos e reconhecidas pelos atos e convenções internacionais fundados no direito das gentes. Assiste, desse modo, ao Magistrado, o dever de atuar como instrumento da Constituição - e garante de sua supremacia - na defesa incondicional e na garantia real das liberdades fundamentais da pessoa humana, conferindo, ainda, efetividade aos direitos fundados em tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Essa é a missão socialmente mais importante e politicamente mais sensível que se impõe aos magistrados, em geral, e a esta Suprema Corte, em particular.⁵⁷⁷

Embasado pela mesma demonstração de mudança, porém em outros termos, assim se manifesta este membro da Corte:

Tenho para mim, desse modo, Senhora Presidente, que uma abordagem hermenêutica fundada em premissas axiológicas que dão significativo realce e expressão ao valor ético-jurídico constitucionalmente consagrado (CF, art. 4o, II) - da "*prevalência dos direitos humanos*" permitirá, a esta Suprema Corte, rever a sua posição jurisprudencial quanto ao relevantíssimo papel, à influência e à eficácia (derrogatória e inibitória) das convenções internacionais sobre direitos humanos no plano doméstico e infraconstitucional do ordenamento positivo do Estado brasileiro.⁵⁷⁸

Nas observações de MENEZES DE ALMEIDA, Celso de Mello espousa uma terceira posição (além da mencionada supralegalidade e a tradicional hierarquia ordinária dos tratados) e vota de modo a alterar sua própria posição em casos anteriores, pois, em suas próprias palavras, afirma que após muita reflexão sobre o tema, e não obstante anteriores

⁵⁷⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário nº 466.343-1-SP*, (p. 6-7 no voto), p. 111-112.

⁵⁷⁸ *Ibid.*, (p. 39 no voto), p. 144.

juízos da Corte de que participou como relator,⁵⁷⁹ inclina-se a acolher a orientação, que atribui natureza constitucional às convenções internacionais de direitos humanos, reconhecendo, para efeito de outorga dessa especial qualificação jurídica, as observações de Celso Lafer.⁵⁸⁰

No entanto, o posicionamento do decano da Corte não vence, por sua opção em “acomodar” os tratados de direitos humanos na ordem interna. Lembre-se que o voto do Ministro Celso de Mello, ocorre dois anos após o voto do Ministro Gilmar Mendes, e, não sendo voto contrário, mas apenas indicando novos fundamentos, pretende convencer da mesma necessidade, mas por outras vias, qual seja, a opção de equivalência dos documentos internacionais sobre direitos humanos, com *status* constitucional. Talvez, não por outra razão, tenha sido aberta, após o voto do Min. Celso de Mello, uma ata intitulada “EXPLICAÇÃO”,⁵⁸¹ onde em breves laudas, o Min. Gilmar Mendes pontua as divergências das conduções de seu voto. O que motiva o Ministro Relator Cezar Peluzo a tecer nova participação em ata intitulada “CONFIRMAÇÃO DE VOTO”,⁵⁸² asseverando com clareza as correntes a que se filia. Não obstante, em igual serventia, o Ministro Gilmar Mendes, após o voto e a explicação apontada, antes do encerramento no *Extrato de Ata*, se vale da mesma pauta aos moldes do Relator e aponta, também, uma “CONFIRMAÇÃO DE VOTO”

Reconheço que os tratados de direitos humanos - tal como fiz no meu voto - têm um significado ímpar, como também já tinha feito o Ministro Sepúlveda Pertence. Mas é claro que a sua condição de validade repousa no Texto Constitucional.⁵⁸³

A preocupação é deixar claro, para além do deferimento ou indeferimento, do cabimento ou não da prisão civil, mas qual foi a exata decisão da Corte sobre a posição hierárquica dos Tratados que versam sobre direitos humanos, mas não ingressaram na forma do §3º, artigo 5º da Constituição Federal. Para o Ministro Gilmar Mendes, o risco é também de uma “atomização de normas constitucionais”, na medida em que o Ministro Celso de Mello pretendia a equiparação dos tratados às normas constitucionais, a ampliação do

⁵⁷⁹ Na já referida ADI-MC 1.480.

⁵⁸⁰ Fernando Dias Menezes de Almeida, *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988 e incorporação, ao Direito brasileiro, de tratados internacionais a eles relativos*, op. cit., p. 302. A obra citada de Celso Lafer em tela é: LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri: Manole, 2005.

⁵⁸¹ Cf. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário nº 466.343-1-SP*, p. 161.

⁵⁸² *Ibid.*, p. 200.

⁵⁸³ *Ibid.*, p. 203.

chamado bloco de constitucionalidade, levaria em última análise a um paradigma maior dos casos ensejadores do próprio controle de constitucionalidade:

Mas fico a imaginar a confusão, diria até a babel, que nós podemos instaurar. Primeiro, com a pergunta sobre se determinado tratado é tratado de direitos humanos. E eu infelizmente não tenho a tranquilidade da Ministra Ellen Gracie, talvez até por não ter essa segurança quanto à feitura dessa distinção.

Por outro lado, teríamos de reconhecer que esses tratados passam a integrar o catálogo de normas constitucionais com todas as conseqüências, inclusive no que diz respeito a controle de constitucionalidade abstrato, onde impera o princípio da causa petendi aberta, com a necessidade de aplicação dessas normas sempre que houver essa necessidade. Portanto, estamos aqui realmente num contexto muito específico e que pode provocar uma grave, gravíssima insegurança jurídica.⁵⁸⁴ [sic]

Com estas forças de argumento, fica para a história constitucional brasileira que no Recurso Extraordinário 466.343-1, sob a condução do voto condutor e ‘monográfico’ do Ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal inseriu os tratados internacionais sobre direitos humanos acima das leis brasileiras, mas abaixo da Constituição e desta feita, inseriu o Brasil numa tendência jurídica que se desenha a nível global, sendo um tanto quanto ativista, é bem verdade, mas engrandecendo, em última análise, o papel da Corte, vez que alteração de tamanha monta, foi feita sem se cogitar emendamento algum.

A este respeito SILVA RAMOS é implacável:

O ativismo em prol dos direitos humanos dissociado do respeito à dinâmica da representação política democrática e ao princípio da legalidade tem redundado, invariavelmente, em mero voluntarismo antidemocrático, ainda que camuflado por um discurso de generosidade em prol da pessoa humana.⁵⁸⁵

O complexo posicionamento do Supremo Tribunal, reflete nos votos dos Ministros, o sentido de preservar a incolumidade da supremacia da Constituição brasileira perante documentos internacionais não aprovados com equivalência de normais constitucionais, conforme autoriza o §3º do artigo 5º. Mas fato é, que da nova postura da Corte, resultou que o inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal, no que se refere ao depositário infiel, não tem e não poderá ter aplicabilidade, salvo se denunciados os documentos internacionais

⁵⁸⁴ Ibid., p. 204.

⁵⁸⁵ RAMOS, Elival da Silva. *Os tratados sobre direitos humanos no direito constitucional brasileiro pós-emenda constitucional*. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 188.

apontados. A norma constitucional, na realidade, não tem mais eficácia e não poderá surtir efeitos porque, segundo entendimento da Corte Suprema, nenhuma legislação poderá regular, validamente, a norma contida em referido inciso, se contrária aos documentos internacionais em questão.⁵⁸⁶ Em outras palavras, a prisão de depositário infiel, especificadamente permitida pelo texto constitucional, não poderá ocorrer, pois apesar de se tratar de norma de eficácia plena, ela depende da legislação ordinária para regulamentá-la. A consequência, portanto, dessa orientação é que documentos internacionais podem, influenciar modificações na Constituição brasileira, mesmo sem expressa autorização constitucional para tanto – ainda que pela via da mutação.

Não se trata de querer a prisão civil, mas de observar que, mais do que uma inspiração que pudesse produzir uma alteração legislativa/constitucional, o tratado internacional, foi, no caso, a base da “alteração” que se produziu na ordem interna constitucional. Tal decisão não geraria a mesma carga aflitiva, se inexistisse na Constituição a autorização expressa à prisão, se estivéssemos a tratar apenas da invalidação de uma lei, por um documento internacional, como poderia muito bem ter sido o caso, ao se limitar o Tribunal, por exemplo, e declarar a inconstitucionalidade do Decreto-Lei regulamentador da prisão fiduciária. Cenário que não ocorreu, notadamente diante da postura de juízes-políticos, que fazem com que a Constituição acabe sendo, não o que o Poder Constituinte disse que seria, mas o que homens em condição de decidir podem dizer que ela seja.⁵⁸⁷

Neste ponto, a própria Reforma Constitucional, em 2004, pode ter ensejado um maior “encorajamento” para a mudança da posição jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Não por coincidência, Robert DAHL observa que: “Ao longo de toda a história da Suprema Corte [Americana], aproximadamente metade das sentenças foi proferida mais de quatro anos depois que a legislação foi aprovada”,⁵⁸⁸ o que se amolda, perfeitamente, ao caso brasileiro em questão.

⁵⁸⁶ Recorde-se, uma vez mais, que a questão hoje da prisão civil para o caso, já se encontra resolvida no Brasil, notadamente após a edição da Súmula Vinculante 25 que prescreve: “*É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito*”. Cf. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – SÚMULA VINCULANTE 25.

⁵⁸⁷ Neste sentido, Tércio Sampaio Ferraz Junior recorda: “A neutralização política do Judiciário, consequência da divisão dos poderes e espinha dorsal do estado de direito burguês, esclareça-se, não é, propriamente, um tipo de indiferença genérica. Não significa, na concepção liberal que se firmou durante o século passado, uma espécie de alheamento político. Como disse Hughes, um ex-presidente da Suprema Corte norte-americana, no início do século passado: “Estamos regidos por uma Constituição, mas esta Constituição é o que os juízes decidem o que é”. Cf. FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *O judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?* Revista USP, São Paulo, n. 21, p. 13-21, 1994, p. 16.

⁵⁸⁸ DAHL, Robert A. *Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais*, op. cit., p. 33.

Perceba ainda, que na corrida do fortalecimento das instituições, o Supremo Tribunal Federal sai “maior” até mesmo do que o Poder Legislativo que, fez profundas reformas nesta seara, mas não resolveu o problema que poderia ter sido resolvido com o acréscimo de um inciso que explicasse a posição dos documentos internacionais que versem sobre direitos humanos, mas não são inseridos na forma do novo §3º do artigo 5º, o que teria sido inclusive, democrático.

À guisa de conclusão, duas observações finais se fazem ainda necessárias. A primeira é que o Supremo Tribunal Federal ainda está no campo dualista, pois caso um tratado internacional de direitos humanos seja contrário à Constituição, será possível declarar-lhe a inconstitucionalidade. A segunda, nos remete a observação acima de que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal “pode” ter mudado. Pois, em que pese o fortalecimento da doutrina hoje, no que diz respeito a hierarquia supralegal dos tratados internacionais sobre direitos humanos, a questão voltará a ser discutida no Recurso Extraordinário 460.320-Paraná,⁵⁸⁹ no que diz respeito, ao menos, ao tema da hierarquia. De observar-se o trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes (Relator):

Em síntese, defende a União que não se pode atribuir superioridade hierárquica entre tratados internacionais e leis ordinárias, assentando: “Isso porque, aplicar-se o art. 98 do CTN nessa hipótese implica em limitar o exercício do Poder Legislativo, inclusive do próprio constituinte derivado, restrições estas que só seriam cabíveis em texto constitucional, mas jamais em lei, ainda que lei complementar, o que implica em ofensa frontal aos princípios constitucionais da separação dos poderes e da legalidade (art. 2º e 5º, II, da CF/88)” (fl. 371). Dessa forma, a questão constitucional cinge-se à relação entre normas internas infraconstitucionais e tratados internacionais em matéria tributária. Especificamente, pondera-se a recepção, ou não, do art. 98 do CTN pela Carta Magna.⁵⁹⁰

Ocorre que, após o voto do Ministro Relator, que dava provimento ao recurso da União, para julgar improcedente a ação, prejudicando o recurso das autoras, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Dias Toffoli, encontrando-se, na atualidade, com seu julgamento adiado, desde 30 de setembro de 2014.

⁵⁸⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário nº 460.320-Paraná*. Relator: Ministro Gilmar Mendes.

⁵⁹⁰ *Ibid.*, no voto, p. 3.

PARTE III – CONSEQUÊNCIAS DA ABERTURA DA ORDEM INTERNA AO DIREITO INTERNACIONAL

CAPÍTULO I – REFLEXOS NA ORDEM JURÍDICA

1.1 A DEFINIÇÃO DE UM BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE

É preciso que se tenha em mente a noção de “parâmetro de controle” na tutela da Constituição, para que se atinja a compreensão de bloco de constitucionalidade.

Na expressão doutrinária, nos termos do art. 102, I, *a*, da Constituição Brasileira de 1988, parâmetro do processo de controle abstrato de normas é, exclusivamente, a Constituição vigente. A ofensa arguida no controle concentrado deve ser direta ao texto constitucional; a inconstitucionalidade reflexa, em que a análise da conformação com o ordenamento exige a prévia análise da legislação infraconstitucional, não é caso de ação direta (Cf. ADI 2.862, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 26-3-2008, *DJE* de 9-5-2008).⁵⁹¹

Na lição de CANOTILHO, todos os atos normativos devem estar em conformidade com a Constituição. Significa isto que os atos legislativos e restantes atos normativos devem

⁵⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1153. Marcelo Novelino escreve sobre parâmetro (ou norma de referência): “Parâmetro é a norma da constituição dotada como referência para análise comparativa com o ato infracional impugnado. No controle abstrato de constitucionalidade, só podem ser invocadas como referência *normas formalmente constitucionais*, dotadas de vigência e eficácia. Não são admitidas como parâmetro, portanto, normas constantes de tratados ou convenções internacionais de direitos humanos aprovados pelo rito ordinário, pois, embora materialmente constitucionais, são desprovidas do requisito formal. Normas como o Pacto de São José da Costa Rica somente podem ser invocada o controle de convencionalidade. Por sua vez, eventuais violações a normas constitucionais revogadas ou com eficácia já exaurida não colocam em risco a supremacia da constituição e, por isso, não justificam o acionamento do controle normativo abstrato. [...] Como parâmetro para o cabimento dessas ações [ações diretas e ações declaratórias], incluem-se, ainda, as normas contidas em *tratados e convenções internacionais de direitos humanos* equivalentes às emendas, ou seja, aprovados por três quintos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação (CF, art. 5º, § 3º) como a “Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência”, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 6.949/2009”. Cf. NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 3ª. ed., São Paulo: Editora Método, 2009.

estar subordinados, formal, procedimental e substancialmente, ao parâmetro constitucional, portanto.⁵⁹²

Como explica CARVALHO RAMOS: “O bloco de constitucionalidade consiste no reconhecimento da existência de outros diplomas normativos de hierarquia constitucional, além da própria Constituição”.⁵⁹³

No Direito Comparado, o marco do reconhecimento da existência do bloco de constitucionalidade foi a decisão n. 71-44 DC, de 16.07.71, do Conselho Constitucional francês, relativa à liberdade de associação, que consagrou o valor constitucional do preâmbulo da Constituição francesa de 1958, que, por sua vez, faz remissão ao preâmbulo da Constituição de 1946 e à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Em 2005, houve alteração do preâmbulo da Constituição francesa e foi agregada remissão à Carta do Meio Ambiente (*Charte de l'environnement*), todos agora fazendo parte do bloco de constitucionalidade.⁵⁹⁴

Numa leitura, antes, etimológica, JOSINO NETO, pontua, de início, que a palavra “bloco” significa algo sólido, duro, compacto, conjunto de coisas consideradas como uma unidade, e que, a expressão bloco de constitucionalidade, teve origem na doutrina administrativa francesa, como se apontou, – “*bloc de constitutionnalité*” – ou “*bloque de la constitucionalidad*”, para os espanhóis, sendo inicialmente chamada a criação de “bloco de legalidade”,⁵⁹⁵ ou, como designou HAURIOU, o “bloco legal”.⁵⁹⁶

⁵⁹² CANOTILHO, J.J. Gomes. *DIREITO CONSTITUCIONAL e Teoria da Constituição*. 7ª ed. (4ª Reimpressão). Almedina, 2003, p. 919.

⁵⁹³ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 383.

⁵⁹⁴ Cf. RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva: 2013, p. 277.

⁵⁹⁵ Louis Favoreu, ao observar a influência da ampliação do bloco de “legalidade”, pontua: “Le principe de légalité devient progressivement un " fourre-tout " dans lequel on va faire entrer non seulement les lois et les décrets-lois mais aussi les règlements et bientôt, notamment après la seconde guerre mondiale, les principes généraux du droit ainsi que la jurisprudence ; la Constitution va également être mentionnée mais de manière assez particulière comme nous le verrons plus loin ; de même que les normes internationales. En 1957, Charles Eisenmann met le doigt sur le problème de la définition du principe de légalité en s'étonnant de ce que la doctrine la considère généralement comme allant de soi alors qu'en fait elle soulève de sérieuses difficultés. Il constate ainsi, après s'être référé aux ouvrages d'André de Laubadère et de Georges Vedel, que le " bloc de la légalité " inclut la totalité des règles (y compris les actes individuels et les contrats chez certains auteurs) dont le respect s'imposerait à l'administration. Et Eisenmann en déduit que pour la doctrine dominante " la légalité s'identifie alors purement et simplement à la réglementation juridique en son entier, au " droit en vigueur ". Le principe de légalité postule donc un certain rapport entre les actes ou actions administratives et cette masse immense de normes générales et de normes individuelles." Cf. FAVOREU, Louis. *Légalité et constitutionnalité*, (Cahiers du Conseil constitutionnel n° 3 - novembre 1997). In : Conseil Constitutionnel - *Légalité et constitutionnalité* (10.11.2016), p. 2/12.

⁵⁹⁶ Cf. JOSINO NETO, Miguel. *O bloco de constitucionalidade como fator determinante para a expansão dos direitos fundamentais da pessoa humana*.

Salienta ainda CARVALHO RAMOS que, no Supremo Tribunal Federal em 2002, o Min. Celso de Mello constatou a existência do debate sobre o bloco de constitucionalidade, que influencia a atuação do STF, uma vez que os dispositivos normativos pertencentes ao bloco poderiam ser utilizados como paradigma de confronto das leis e atos normativos infraconstitucionais no âmbito do controle de constitucionalidade.⁵⁹⁷

Na verdade, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, há jurisprudência ressaltando a importância da definição correta do parâmetro, no que compreende à noção de bloco de constitucionalidade para a admissibilidade de ações concentradas. Trata-se da ADI 514/PI:

EMENTA: FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA. REVOGAÇÃO TÁCITA DE UMA DAS NORMAS LEGAIS IMPUGNADAS E MODIFICAÇÃO SUBSTANCIAL DO PARÂMETRO DE CONTROLE INVOCADO EM RELAÇÃO AOS DEMAIS DIPLOMAS LEGISLATIVOS QUESTIONADOS. HIPÓTESES DE PREJUDICIALIDADE DA AÇÃO DIRETA, QUANDO SUPERVENIENTES AO SEU AJUIZAMENTO. A NOÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE/INCONSTITUCIONALIDADE COMO CONCEITO DE RELAÇÃO. A QUESTÃO PERTINENTE AO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE. POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS DIVERGENTES EM TORNO DO SEU CONTEÚDO. O SIGNIFICADO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE COMO FATOR DETERMINANTE DO CARÁTER CONSTITUCIONAL, OU NÃO, DOS ATOS ESTATAIS. IMPUGNAÇÃO GENÉRICA DEDUZIDA EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO. INADMISSIBILIDADE. DEVER PROCESSUAL, QUE INCUMBE AO AUTOR DA AÇÃO DIRETA, DE FUNDAMENTAR, ADEQUADAMENTE, A PRETENSÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. SITUAÇÃO QUE LEGITIMA O NÃO-CONHECIMENTO DA AÇÃO DIRETA. PRECEDENTES.

[...]

A definição do significado de bloco de constitucionalidade - independentemente da abrangência material que se lhe reconheça (a Constituição escrita ou a ordem constitucional global) - reveste-se de fundamental importância no processo de fiscalização normativa abstrata, pois a exata qualificação conceitual dessa categoria jurídica projeta-se como fator determinante do caráter constitucional, ou não, dos atos estatais contestados em face da Carta Política.⁵⁹⁸

Em outro caso, a questão do bloco de constitucionalidade fora também tema jurisprudencial, mas não diretamente, uma vez mais, relacionando-se a questão das leis constitucionais no tempo:

⁵⁹⁷ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*, op. cit., p. 383.

⁵⁹⁸ Cf. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI nº 514-PI*. Relator: Ministro Celso de Mello, decisão monocrática, j. 24-03-2008 (Informativo 499).

EMENTA: CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO. A NOÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE/INCONSTITUCIONALIDADE COMO CONCEITO DE RELAÇÃO. A QUESTÃO PERTINENTE AO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE (ADI 514/PI, REL. MIN. CELSO DE MELLO – ADI 595/ES, REL. MIN. CELSO DE MELLO, v.g.). DIREITO PRÉ-CONSTITUCIONAL. CÓDIGO ELEITORAL, ART. 224. INVIABILIDADE DESSA FISCALIZAÇÃO CONCENTRADA EM SEDE DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA. - A ação direta de inconstitucionalidade não se revela instrumento juridicamente idôneo ao exame da legitimidade constitucional de atos normativos do Poder Público que tenham sido editados em momento anterior ao da vigência da Constituição sob cuja égide foi instaurado o controle normativo abstrato. - A superveniência de uma nova Constituição não torna inconstitucionais os atos estatais a ela anteriores e que, com ela, sejam materialmente incompatíveis. Em ocorrendo tal situação, a incompatibilidade normativa superveniente resolver-se-á pelo reconhecimento de que o ato pré-constitucional acha-se revogado, expondo-se, por isso mesmo, a mero juízo negativo de recepção, cuja pronúncia, contudo, não se comporta no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade. Doutrina. Precedentes.⁵⁹⁹

Como salienta BERNARDO COELHO, “A figura jurídica do bloco de constitucionalidade é de criação recente nos países europeus, notadamente na França, e, agora, começa a ser difundida no continente americano”.⁶⁰⁰

Encontra-se na doutrina a distinção entre “bloco de constitucionalidade amplo” e “bloco de constitucionalidade restrito”.

Para que se compreenda com clareza esta distinção, relacionamos o questionamento (e ensinamento) que CANOTILHO apresenta: “Mas qual é o estalão normativo de acordo com o qual se deve controlar a conformidade dos actos normativos?”⁶⁰¹ [sic]

⁵⁹⁹ Cf. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 595-ES. Relator: Ministro Celso de Mello, decisão monocrática, j. 18-02-2002.

⁶⁰⁰ Sobre as origens do instituto, o autor ainda pondera: “*O bloco de constitucionalidade pode ter sua origem na teoria do *Überrecht*, ou *superdireito*, como traduzido para o português (...)*. Cf. COELHO, Bernardo Leôncio Moura. *O bloco de constitucionalidade e a proteção à criança*. Revista de Informação Legislativa, v. 31, n. 123, p. 259-266, jul./ set. 1994, p. 263. O termo adotado – bloco de constitucionalidade – visa também evitar ambiguidades entre os termos “legalidade” e “supralegalidade” (mais amplo) e constitucionalidade: “En revanche, la notion de “supra-légalité” reste la même car et c'est là qu'on décèle les contradictions et, par là même le caractère insatisfaisant de la définition traditionnelle de la légalité la supra-légalité continue à désigner la constitutionnalité. On notera cependant que la notion de supra-légalité est plus large que celle de constitutionnalité car elle inclut aussi les normes européennes et internationales : c'est pour éviter toute ambiguïté, que j'avais adopté en son temps le terme de **bloc de constitutionnalité** plutôt que celui de bloc de supra-légalité que préconisait F. Luchaire sans doute parce qu'il entendait, lui, y inclure les normes européennes et internationales” (negrito nosso) Cf. FAVOREU, Louis. *Légalité et constitutionnalité*, (Cahiers du Conseil constitutionnel n° 3 - novembre 1997). In : Conseil Constitutionnel - *Légalité et constitutionnalité* (10.11.2016), p. 8/12.

⁶⁰¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *DIREITO CONSTITUCIONAL e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 919.

Responde o autor lusitano, que as respostas a este problema oscilam fundamentalmente entre duas posições: (1) o parâmetro constitucional equivalente à constituição escrita ou leis com valor constitucional formal, e daí que a conformidade dos atos normativos só possa ser aferida, sob o ponto de vista da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, segundo as normas e princípios escritos da constituição (ou de outras leis formalmente constitucionais); (2) o parâmetro constitucional é a *ordem constitucional global*, e, por isso, o juízo de legitimidade constitucional dos atos normativos deve fazer-se não apenas segundo as normas e princípios escritos das leis constitucionais, mas também tendo em conta princípios não escritos integrantes da ordem constitucional global.⁶⁰²

Como se percebe, a resposta reside na definição de qual o parâmetro para o controle, conforme apontado acima:

Na perspectiva (1) o parâmetro da constitucionalidade (= normas de referência, bloco de constitucionalidade) reduz-se às normas e princípios da constituição e das leis com valor constitucional; para a posição (2), o parâmetro constitucional é mais vasto do que as normas e princípios constantes das leis constitucionais escritas, devendo alargar-se, pelo menos, aos princípios reclamados pelo “espírito” ou pelos “valores” que informam a ordem constitucional global.

A melhor forma de se discutir o problema das *normas de referência* ou do *parâmetro do controlo* é analisar alguns dos “elementos normativos” com que se pretende alargar o “bloco da constitucionalidade”.⁶⁰³

Ainda na doutrina constitucional, encontra-se a indagação se a cláusula constante do art. 5º, § 2º, da Constituição, como norma de remissão, permitiria que fossem incorporados ao texto constitucional princípios de direito suprapositivo, devendo-se acentuar, que a dimensão do catálogo dos direitos fundamentais previstos na Constituição brasileira torna difícil imaginar um direito fundamental que pudesse ser adicionalmente colocado entre esses direitos basilares com fundamento nessa norma de remissão.⁶⁰⁴

Por outro lado, há na doutrina pátria o posicionamento de que no texto constitucional, o artigo 5º, § 2º, permite, ao dispor sobre os “direitos decorrentes” do regime, princípios e tratados de direitos humanos, o reconhecimento de um bloco de

⁶⁰² Ibid.

⁶⁰³ Ibidem, p. 920.

⁶⁰⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 1154. Cf. Parte 2, capítulo 2, item 2.1.2, deste trabalho.

constitucionalidade amplo, que alberga os direitos previstos nos tratados internacionais de direitos humanos.⁶⁰⁵

Para PIOVESAN, a conclusão desta segunda linha de raciocínio advém de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional. A este raciocínio se acrescentariam o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais referentes a direitos e garantias fundamentais e a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais, o que justifica estender aos direitos enunciados em tratados o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais. Esta conclusão decorreria ainda do processo de globalização, que propicia e estimula a abertura da Constituição à normação internacional — abertura que resulta na ampliação do "bloco de constitucionalidade", que passa a incorporar preceitos asseguradores de direitos fundamentais.⁶⁰⁶

Ao tratar da parametricidade do direito suprapositivo, CANOTILHO salienta que ordem constitucional global⁶⁰⁷ seria mais vasta do que a constituição escrita, pois abrangeria não apenas os princípios jurídicos fundamentais informadores de qualquer Estado de direito, mas também os princípios implícitos nas leis constitucionais escritas. O parâmetro da constitucionalidade não se reduziria positivisticamente às regras e princípios escritos nas leis constitucionais; se alargaria, também, a outros princípios não expressamente consignados na

⁶⁰⁵ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, op. cit., p. 277. Neste mesmo sentido: PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos e o direito Constitucional Internacional*, São Paulo: Saraiva, 2014; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991; 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; LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri: Manole, 2005. Importante destacar que nesta linha de defesa, os autores propugnam pelo *status* constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos por força direta do § 2º do artigo 5º, o que, só veio a ser reconhecido no Brasil após a EC. n. 45/2004, sendo a posição minoritária: “Em que pese nossa posição de ter a redação originária da Constituição de 1988 adotado o conceito de um bloco de constitucionalidade amplo, ao dotar os tratados de direitos humanos de estatuto equivalente à norma constitucional (de acordo com o art. 5º, § 2º), essa posição é minoritária até o momento”, cf. RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*, op. cit., p. 384. Cf. Parte 2, capítulo 2, itens 2.3.1 e 2.3.2 deste trabalho.

⁶⁰⁶ Cf. PIOVESAN, Flávia. *A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS*.

⁶⁰⁷ O próprio Canotilho explica, os traços caracterizadores deste novo “paradigma emergente” [nos termos do próprio autor] do que se trata o *constitucionalismo global*: (1) alicerçamento do sistema jurídico-político internacional não apenas no clássico paradigma das relações horizontais entre estados (*paradigma hobbesiano/westfaliano*, na tradição ocidental) mas no novo paradigma centrado nas relações entre Estado/povo (as populações dos próprios estados); (2) emergência de um *jus cogens* internacional materialmente informado por *valores, princípios e regras* universais progressivamente plasmados em declarações e documentos internacionais; (3) tendencial elevação da *dignidade humana* a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos. Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. *DIREITO CONSTITUCIONAL e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 1370.

constituição, desde que tais princípios ainda se possam incluir no âmbito normativo-constitucional.⁶⁰⁸ E defende a noção, afirmando:

Como se vê, só a constituição pode ser considerada como a *norma de referência ou parâmetro normativo* do controlo da constitucionalidade dos actos normativos. Saliente-se ainda: “é a constituição no seu todo, tanto, pois, no que toca às suas regras de competência e de procedimento legislativo, como aos seus princípios materiais e valores nela incorporados – que é tomada como padrão de julgamento da inconstitucionalidade”. Todavia, e mais uma vez, o programa normativo-constitucional não pode se reduzir, de forma positivística, ao ‘texto’ da Constituição. Há que densificar, em profundidade, as normas e princípios da constituição, alargando o ‘bloco de constitucionalidade’ a princípios não escritos, mais ainda reconduzíveis ao programa normativo-constitucional, como formas de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas. [grifo nosso]⁶⁰⁹

Esta seria, portanto, a noção de bloco de constitucionalidade “amplo”.

Contudo, há de se observar que até a Emenda Constitucional 45/2004, que inseriu o § 3º ao artigo 5º da Constituição brasileira, prevendo que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”, estes tratados eram tidos como lei ordinária na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal,⁶¹⁰ o que ensejaria um controle de legalidade,⁶¹¹ tão somente.

Assim, no máximo, a doutrina e a jurisprudência majoritárias reconheciam o valor constitucional apenas às normas expressas ou implícitas previstas na Constituição, devendo até mesmo serem levados em consideração os valores mencionados no preâmbulo.⁶¹²

⁶⁰⁸ Ibidem, 920.

⁶⁰⁹ Ibid., p. 921.

⁶¹⁰ Cf. Parte 2, capítulo 1, item 1.2.2 deste trabalho.

⁶¹¹ Cf. Parte 3, capítulo 1, item 1.2, que trata sobre o “controle de convencionalidade das leis”, neste trabalho.

⁶¹² Cf. Supremo Tribunal Federal, ADI 2.649, voto da Ministra Carmem Lúcia, 2008, atualizando o entendimento anterior, de ausência de força vinculantes do Preâmbulo, visto na ADI 2.076-AC de 2002, destaque de: RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, op. cit., p. 277. No magistério de Alexandre de Moraes: “O preâmbulo de uma Constituição pode ser definido como documento de intenções do diploma, e consiste em uma *certidão de origem e legitimidade do novo texto* e uma *proclamação de princípios*, demonstrando a ruptura com o ordenamento constitucional anterior e o surgimento jurídico de um novo Estado. É de tradição em nosso Direito Constitucional e nele devem constar os antecedentes e enquadramento histórico da Constituição, bem como suas justificativas e seus grandes objetivos e finalidades. [...] O preâmbulo, portanto, por não ser norma constitucional, não poderá prevalecer contra texto expresso da Constituição Federal, e tampouco poderá ser paradigma comparativo para declaração de inconstitucionalidade, porém, por traçar as diretrizes políticas, filosóficas e ideológicas da Constituição, será uma de suas linhas mestras interpretativas”. (itálico do autor), cf. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 29ª ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 16-17.

Com a introdução do artigo 5º, § 3º, o Supremo Tribunal Federal modificou a sua posição, mas ainda situou os tratados aprovados sem o rito especial do citado parágrafo com *status* da supralegalidade.⁶¹³

Assim, os tratados aprovados pelo rito especial mencionado do artigo 5º, § 3º, da Constituição, integrariam o conceito de bloco de constitucionalidade restrito, apenas estes.

Como destacam Gilmar MENDES e Paulo GONET, independentemente de qualquer outra discussão sobre o tema, afigura-se inequívoco que o tratado de direitos humanos que vier a ser submetido a esse procedimento especial de aprovação [§ 3º, art. 5º], configurará, para todos os efeitos, parâmetro de controle das normas infraconstitucionais.⁶¹⁴

A observação não é apenas teórica, porém. No Brasil, os primeiros tratados aprovados de acordo com esse rito foram a *Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo*, assinados em Nova Iorque em 30 de março de 2007, que, além de robusto rol de direitos previstos na Convenção, houve a submissão brasileiras ao sistema de petição das vítimas de violação de direitos previstos ao Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de acordo com o Protocolo Facultativo.⁶¹⁵

Como observa AMARAL JR., nessas condições, o tratado internacional funcional como lei constitucional extravagante, ou seja, legislação de nível constitucional, mas não consolida o corpo da Constituição documental. E num exemplo, com sua peculiar didática, compara que é o mesmo que se dá entre o Código Penal e as leis penais extravagantes não consolidadas no Código, porém no nível primário, mas que compõem com este a legislação penal brasileira.⁶¹⁶

No magistério de AMARAL JR., ainda, ao nível superior próprio às normas constitucionais, há uma consequência relevante, pois, normas que sejam aprovadas com nível constitucional (consolidadas ou não no texto constitucional) tornam-se parâmetro de

⁶¹³ Cf. Parte 2, capítulo 2, item 2.3.2 deste trabalho.

⁶¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 1151.

⁶¹⁵ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*, op. cit., p. 384. Salienta ainda o autor: “O rito especial foi seguido em sua inteireza. O Presidente, na mensagem presidencial de encaminhamento do texto do futuro tratado, solicitou o rito especial. O Decreto Legislativo n. 186 foi aprovado, por maioria de 3/5 e em dois turnos em cada Casa do Congresso Nacional e publicado em 10 de junho de 2008. O Brasil depositou o instrumento de ratificação dos dois tratados (a Convenção e seu Protocolo Facultativo) junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas em 1º de agosto de 2008. O Decreto Presidencial n. 6.949 promulgou o texto do tratado no âmbito interno, tendo sido editado em 25 de agosto de 2009, quase um ano após a validade internacional dos referidos tratados para o Brasil”. Id., *ibidem*.

⁶¹⁶ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Tratados internacionais e bloco de constitucionalidade*, Instituto Brasiliense de Direito Público, Escola de Direito do IDP, v. 1, n. 273, 2008, p. 2.

controle de constitucionalidade, sendo que, o fato não é novidade no constitucionalismo pátrio, uma vez que o sistema constitucional vigente já vai além da Constituição documental que, além de seus 250 artigos, foi aprovada junto com um Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT [hoje com 114 artigos], além das várias Emendas Constitucionais [atingindo hoje o número de 99, mais as seis de Revisão] que contêm artigos autônomos, sendo já considerável o parâmetro para o controle.⁶¹⁷

Assim, com a incorporação da citada Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, o bloco de constitucionalidade brasileiro, passa a ter, além do robusto parâmetro apresentado, a ampliação significativa no controle de constitucionalidade brasileiro, pois, pelo que já se disse, existirão duas leis constitucionais extravagantes.

Não por outra razão, CARVALHO RAMOS consigna que todos os demais artigos da Constituição que tratam do princípio da supremacia da norma constitucional, como, por exemplo, os referentes ao controle difuso e concentrado de constitucionalidade (arts. 102 e 103) devem agora ser lidos como sendo componentes do mecanismo de preservação da supremacia do bloco de constitucionalidade como um todo e não somente da Constituição. A filtragem constitucional do ordenamento, *i. e.*, a exigência de coerência de todo o ordenamento aos valores da Constituição, passaria a contar também, de acordo com esta linha, com o *filtro internacionalista* oriundo dos valores existentes nesses tratados aprovados pelo rito especial, conseqüentemente, as normas paramétricas de confronto no controle de constitucionalidade devem levar em consideração não só a Constituição, mas também os tratados celebrados pelo rito especial, cabendo acionar tanto o controle abstrato, quanto o difuso de constitucionalidade, em todas as suas modalidades, para fazer valer as normas previstas nesses tratados.⁶¹⁸

Ao analisar o impacto da mencionada Convenção, e de possíveis outras incorporações de tratados internacionais em nível constitucional, AMARAL JR. divide sua avaliação em quatro tópicos:⁶¹⁹

- primeiro, são poucos os direitos humanos que não têm proteção constitucional expressa no Direito brasileiro;

⁶¹⁷ Ibid. Número atual de Emendas atualizado por nós.

⁶¹⁸ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*, op. cit., p. 384.

⁶¹⁹ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Tratados internacionais e bloco de constitucionalidade*, op. cit., p. 3-4.

- segundo, equivocado é pensar que as liberdades tenham melhor proteção nos tratados internacionais do que na Constituição brasileira vigente. É o caso, por exemplo, da liberdade de reunião, pacífica e sem armas. No Pacto de San José da Costa Rica (Artigo 15), a ela são admitidas restrições desconhecidas pela Constituição brasileira (o art. 5º, XVI requer não seja frustrada outra reunião e exige, apenas, prévio aviso à autoridade competente);

- terceiro, a integração entre tratados internacionais com nível constitucional e a legislação interna infraconstitucional pode levar a situações delicadas. Por exemplo, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência adota conceito de capacidade mais amplo do que aquele do Código Civil Brasileiro;

- quarto, da inexistência de disciplina regimental sobre o art. 5º, § 3º, da Constituição derivou a tramitação por analogia com a PEC. A opção não é sem dificuldades. Tome-se a seguinte hipótese: haveria ou não decisão pela aprovação do tratado se acaso não viesse a obter maioria de três quintos dos votos (art. 60, § 2º, da Constituição), mas, sim, apenas maioria simples (art. 47 da Constituição)?

Por estas razões, conclui o autor em sua análise:

[...] é preciso cautela no modo de incorporar tratados internacionais sobre direitos humanos. Primeiro, para não tumultuar um sistema de direitos que já é bastante abrangente. Segundo, para não gerar dúvidas sobre o nível de proteção dispensado a uma dada liberdade. Terceiro, para não resvalar em situações em que, na prática, venha-se a preferir a legislação infraconstitucional doméstica ao tratado internacional equivalente à emenda constitucional. Quarto, para não se perder tratado internacional sobre direitos humanos em razão de tramitação cujo resultado favorável seja mais difícil de alcançar.⁶²⁰

De outro lado, CARVALHO RAMOS aponta positivamente, observando que, a constitucionalização do Direito, fenômeno pelo qual todas as normas do ordenamento sofrem influência dos comandos constitucionais, é agora regida pelas normas da Constituição e ainda pelas *normas dos tratados de direitos humanos* celebrados sob o rito especial, devendo a filtragem constitucional do ordenamento, ou seja, a exigência de coerência de todo o ordenamento aos valores da Constituição passarem a contar também com o filtro dos valores existentes nesses tratados de rito especial.⁶²¹

⁶²⁰ Ibid., p. 4.

⁶²¹ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, op. cit., p. 278.

De qualquer forma, agora temos, além da Constituição, um tratado de estatura constitucional e dois intérpretes: o Supremo Tribunal Federal, *guardião do bloco de constitucionalidade*, e o Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que pode exarar recomendações gerais e específicas ao Brasil sobre a interpretação e implementação dos direitos da Convenção, pelo fato da submissão brasileira ao sistema de petição das vítimas de violação de direitos previstos ao Comitê sobre direitos das Pessoas com Deficiência, de acordo com o Protocolo Facultativo.⁶²²

Cabe ao Supremo Tribunal Federal levar em consideração os tratados internacionais – agora constitucionalizados na visão majoritária do próprio Tribunal – e apreciar as causas envolvendo seus dispositivos de acordo com a interpretação dada pelos órgãos internacionais. Desvincular o texto do tratado da interpretação dada pelos órgãos internacionais significaria, para parcela da doutrina, correr o risco da adoção de interpretação divergente, implicando a violação de direitos protegidos, sob a ótica internacional.⁶²³

Por tudo o que se disse, e concluindo o ponto na lição de BIDART CAMPOS, o bloco de constitucionalidade expande as disposições dotadas de valor constitucional, ampliando, pois, os direitos e as liberdades públicas, abrindo espaço para o crescimento e fortalecimento dos direitos fundamentais do homem, podendo ser entendido como o conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores materialmente constitucionais fora do texto da Constituição formal.⁶²⁴

1.2 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS

Seguindo a análise das consequências da abertura da ordem interna ao direito internacional, a par do que já se disse acerca do bloco de constitucionalidade com a consequência da Constituição não mais representar o único documento a nível constitucional no que tange ao parâmetro para controle das leis domésticas, outras consequências adviriam da ratificação de um tratado internacional nesta mesma linha, com enfoque que se dá àqueles de direitos humanos, vez que sua implicação na ordem jurídica interna, haja vista a reforma

⁶²² Ibid., p. 279.

⁶²³ Ibidem.

⁶²⁴ CAMPOS, Germán Bidard. *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires: Ediar, 1995, p. 264.

constitucional para sua acomodação ao nível de norma constitucional (art. 5º, § 3º), bem como o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema (RE 466.343) e a consequente formação do *bloco de constitucionalidade* estudado acima, levariam a consequências que vão além da determinação de um rito de incorporação de um tratado à ordem doméstica e a determinação de qual seja sua hierarquia no cenário normativo do Estado, mas o ingresso do Brasil a um sistema de proteção, com a necessidade de observação por todo o sistema judiciário no respeito e compatibilização de seus preceitos, além do paradigma que estes serviriam na atividade legiferante.

Após análise que desenvolve Gilmar MENDES e Paulo BRANCO acerca da abertura ao direito internacional, compreendendo a noção de “Estado constitucional cooperativo”,⁶²⁵ afirmam os autores, primeiramente, que há uma tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção dos direitos fundamentais do homem, e que, por conseguinte, a partir desse universo jurídico voltado aos direitos e garantias fundamentais, as constituições não apenas representaram maiores possibilidades de concretização de sua eficácia normativa, como também somente podem ser concebidas em uma abordagem que aproxime o Direito Internacional do Direito Constitucional.⁶²⁶

Em um segundo momento, neste esteio de raciocínio, os autores analisam o desenvolvimento e relacionamento da Corte Europeia de Justiça com os tribunais constitucionais, colacionando jurisprudência relevante⁶²⁷ e mudança de posicionamento

⁶²⁵ Cf. Peter Häberle. *El estado constitucional*, trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 68-69.

⁶²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 1034.

⁶²⁷ Em outro estudo que desenvolve um dos referidos autores é mencionado, no âmbito europeu, que uma referência importante a esse respeito é o caso denominado *Solange* (Enquanto), em que o Tribunal Constitucional alemão pronunciou um dos julgamentos mais controversos em toda a história do relacionamento entre a Corte Europeia de Justiça e os tribunais constitucionais: o Tribunal considerou que enquanto (*Solange*) o direito comunitário não dispusesse de um catálogo de direitos fundamentais emanado de um parlamento e similar ao catálogo de direitos fundamentais emanado de um parlamento e similar ao catálogo de direitos fundamentais estabelecido pela Lei Fundamental de Bonn, caberia ao Tribunal Constitucional verificar a compatibilidade do direito comunitário com os direitos fundamentais consagrados no sistema jurídico alemão, decisão que claramente minava a autoridade das instituições comunitárias, na medida em que punha em dúvida sua autoridade para proteger direitos humanos e fundamentais: “É importante notar que o caso *Solange* foi fruto direto da resistência da Corte Administrativa de Frankfurt, que não aceitou o julgado da Corte Européia de Justiça no citado caso ‘Internationale Handelsgesellschaft’ e o submeteu ao Tribunal Constitucional Alemão. Este, ao perceber que a doutrina da supremacia insularia o direito comunitário da proteção dos direitos fundamentais no plano interno, estabeleceu a fórmula do ‘enquanto’”. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Direitos humanos e integração regional: algumas considerações sobre o aporte dos tribunais constitucionais*.

nesta ordem de interações,⁶²⁸ compreendendo a importância de se pensar numa proposta de uma Carta de Direitos Humanos do Mercosul, *i. e.*, num catálogo internacional de direitos humanos a ser seguido por todos os países-membros, com a consequente criação de uma Corte de Justiça do Mercosul.⁶²⁹ Por certo, a experiência europeia serviria de guia para se pensar preventivamente nas possíveis questões que tal criação geraria, porém, já advertindo os autores citados, que o Brasil não está livre da observação dos tratados internacionais sobre direitos humanos no que diz respeito ao paradigma de controle, donde surge a noção de *controle de convencionalidade*:

Independente, contudo, da instituição do referido tribunal, a temática do controle de convencionalidade passou a ser estudada no Brasil especialmente após a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45 / 2004, que possibilitou (no art. 5º, § 3º, da Constituição) sejam os tratados de direitos humanos “equivalentes às emendas constitucionais”, desde que aprovados pelo Poder Legislativo (e, posteriormente, ratificados pelo Executivo) por três quintos dos votos de cada uma das suas Casas, em dois turnos. Na jurisprudência recente, o tema ganhou relevo a partir das decisões do STF que elevaram o *status* dos tratados de direitos humanos a patamar superior ao das leis ordinárias [orientação adotada no julgamento do RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, *DJe* de 5-6-2009; e também do HC-MC 88.240, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 30-3-2006.]⁶³⁰

Em suma, se os tratados de direitos humanos podem ser (a) equivalentes às emendas constitucionais ou, ainda, (b) supralegais, o certo é que, estando acima das normas infraconstitucionais, hão de ser também paradigma de controle da produção normativa doméstica. Assim, para além

⁶²⁸ Ressalte-se, no entanto, que em 1977, o Parlamento Europeu, o Conselho Europeu e a Comissão Europeia produziram a Declaração Conjunta sobre Direitos Fundamentais consagrados nas tradições constitucionais dos Estados-membros e na Convenção Europeia de Direitos Humanos. Diante disso, já em 1986, o Tribunal Constitucional alemão em um novo caso – chamado pela doutrina de *Solange II* – proferiu decisão segundo a qual o direito comunitário, por meio da jurisprudência da Corte de Luxemburgo, já demonstrava um grau satisfatório de proteção aos direitos fundamentais estabelecidos na Lei Fundamental. Assim, o Tribunal Constitucional passou a adotar uma postura de maior deferência ao direito comunitário, mas manteve, a partir do uso da fórmula “enquanto”, a possibilidade de uma possível ruptura caso determinadas condições ocorressem, coerentemente com a conclusão tomada no caso *Solange I*. “O julgamento do caso *Solange II* não eliminou os conflitos entre a Corte Europeia de Justiça e os tribunais internos, especialmente os tribunais constitucionais. No entanto, pode-se dizer que, a partir do caso, restou sensivelmente reduzido o nível de contestação sobre a não existência de um catálogo de direitos fundamentais no âmbito do direito comunitário. Afinal, no caso *Solange II*, ficou reconhecido que as instituições comunitárias proporcionavam um nível adequado de proteção dos direitos fundamentais. Tanto é assim que em outro caso dramático sobre as relações entre direito comunitário e direitos internos, o caso ‘Maastricht’ (muitas vezes chamado de *Solange III*), julgado na década de 1990, a discussão girou em torno da existência de uma democracia na Europa. Ainda que os argumentos tocassem na suposta violação, pelo tratado de Maastricht, do direito ao sufrágio estabelecido na Lei Fundamental de Bonn, não se contestava, como questão de princípio, a ineficácia das instituições comunitárias para a proteção de direitos fundamentais”. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Direitos humanos e integração regional: algumas considerações sobre o aporte dos tribunais constitucionais, op. cit.

⁶²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 1034-1036.

⁶³⁰ Cf. Neste trabalho a Parte 2, capítulo 2, subitem 2.3.2.

do controle de constitucionalidade, o modelo brasileiro atual de controle comporta controle de convencionalidade das normas domésticas.⁶³¹ [grifo nosso]

CARVALHO RAMOS, que de longa data estuda o tema, defendendo a existência de um “controle de convencionalidade”, no qual seria analisada a compatibilidade de norma interna em face de norma internacional de Direitos Humanos,⁶³² conceitua que o controle de convencionalidade consiste na análise da compatibilidade dos atos internos (comissivos ou omissivos) em face das normas internacionais (tratados, costumes internacionais, princípios gerais de direito, atos unilaterais, resoluções vinculantes de organizações internacionais) e que existem duas subcategorias: (i) o controle de convencionalidade de matriz internacional, que denomina como controle de convencionalidade autêntico ou definitivo; e o (ii) controle de convencionalidade de matriz nacional, também denominado provisório ou preliminar.⁶³³

Por seu turno, Valério MAZZUOLI verifica a possibilidade da descrição de três tipos de controle, haja vista os posicionamentos que este autor adota. Para ele, a expressão “controle de constitucionalidade” deve ser reservada no exercício da compatibilidade vertical que se exerce em relação a validade formal e material das leis perante à Constituição apenas, pois, mesmo que um tratado que verse sobre direitos humanos, e tenha sido incorporado à ordem interna no rito previsto do artigo 5º, § 3º, venha a ser desrespeitado, a Constituição permaneceria incólume. Entretanto, por entender que os tratados de direitos humanos podem ter “*status* de norma constitucional”, ou serem “equivalentes às emendas constitucionais” – diferenciação que faz em razão dos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição brasileira, respectivamente – em ambos os casos, estes documentos internacionais seriam paradigma de controle de normas infraconstitucionais no Brasil, ao que se nomina “controle de convencionalidade das leis” (em suas modalidades difusa e concentrada).⁶³⁴ Por fim, e mais uma vez em decorrência do posicionamento que este autor

⁶³¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 1037.

⁶³² (...) o controle de convencionalidade analisa, sim, apenas se a norma internacional foi violada por meio da própria aplicação da norma constitucional. Cf. RAMOS, A. Carvalho. *A responsabilidade do Estado por violação de direitos humanos*. 1999. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 132.

⁶³³ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva: 2013, p. 280.

⁶³⁴ Observe-se que o Ministro Celso de Mello, no voto do HC 87.585/TO, citando o Professor Luis Roberto Barroso [“Constituição e tratados internacionais: Alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno”, “in” “Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo”, p. 185/208], aponta em seu voto três diferenças acerca de tais consequências da incorporação de um tratado à ordem interna: “É bem de ver que não se trata da criação de uma nova espécie normativa, em acréscimo às do art. 59 da Constituição, mas de atribuição de uma eficácia ‘qualificada’, que dará ensejo à produção de três efeitos diferenciados: a) em caso de conflito entre lei e tratado de direitos humanos, aprovado em conformidade com o art. 5º, § 3º, da CF,

defende, haveria o “controle de supralegalidade”, por entender que os tratados internacionais comuns, ou seja, tratados que não versam temas alheios aos direitos humanos, também têm *status* superior das leis internas no Brasil, e, apesar de não serem equiparados às normas constitucionais, teriam *status* supralegal em nosso país, por não poderem revogados por lei interna posterior.^{635 636} Concluindo:

Isso tudo somado demonstra que, doravante, todas as normas infraconstitucionais que vierem a ser produzidas no país devem, para a análise de sua compatibilidade com o sistema do atual Estado Constitucional e Humanista de Direito, passar por dois níveis de aprovação: (1) a *Constituição* e os *tratados de direitos humanos* (material ou formalmente constitucionais) ratificados pelo Estado; e (2) os *tratados internacionais comuns* também ratificados e em vigor no país. A compatibilidade das leis com a *Constituição* é feita por meio do clássico e bem conhecido *controle de constitucionalidade*, e com os tratados internacionais em vigor no país (sejam ou não de direitos humanos) por meio dos controles *de convencionalidade* (em relação aos tratados de direitos humanos) e de *supralegalidade* (no que toca aos tratados comuns), tema até então inédito na doutrina brasileira.⁶³⁷

No direito comparado, a doutrina observa que o uso da expressão “controle de convencionalidade”, é usado na França em 1975 para se referir ao controle doméstico de supralegalidade dos tratados, o que se explicaria pela fraqueza do controle de convencionalidade internacional na época. Num exemplo apontado, o sistema europeu de direitos humanos não havia atingido a grandeza de hoje; era a época da Comissão Europeia de Direitos Humanos sem acesso direto das vítimas à Corte Europeia de Direitos humanos. Assim, os casos julgados até 1998 na Corte Europeia de Direitos Humanos atingiram poucas centenas, desde o primeiro em 1960 (Caso *Lawless*),⁶³⁸ mas, após as sucessivas alterações

prevalecerá sempre o tratado, em razão de sua equivalência com as emendas constitucionais (e independentemente do critério cronológico); b) os tratados de direitos humanos incorporados de acordo com o art. 5º, § 3º, da CF podem servir de parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, ampliando o chamado ‘bloco de constitucionalidade’; c) tais tratados não podem ser objeto de denúncia do Presidente da República, por força do art. 60, § 4º, da CF.” Cf. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus nº 87.585-8/Tocantins*. Relator: Ministro Marco Aurélio, j. 03-12-2008. Voto do Min. Celso de Mello, fls. 49 [no voto].

⁶³⁵ Dentre os argumentos para sustentar sua posição, o autor enfatiza o art. 98 do Código Tributário Nacional e normas internacionais que regem a matéria, com destaque ao artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, ratificada pelo Brasil em 25.09.2009, e promulgada pelo Decreto nº 7.030, de 14.12.2009. Cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*, 2ª ed., rev., atual. e ampliada. Coleção direito e ciências afins; v. 4, (coord. Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 73-75.

⁶³⁶ Acerca de tais posicionamentos, cf. Parte 2, capítulo 1, itens 1.2.1, 1.2.2 e capítulo 2, da mesma parte, itens 2.2 e 2.3 deste trabalho.

⁶³⁷ *Ibid.*, p. 75.

⁶³⁸ Cf. RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*, 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

da Convenção Europeia de Direitos Humanos, e, em especial, com a extinção da Comissão Europeia e com o acesso direto da vítima à Corte Europeia (Protocolo n. 11), essa realidade foi alterada substancialmente, sendo que, em 2009, existiam cerca de cem mil casos aguardando julgamento, números que rivalizam com os dos tribunais nacionais.⁶³⁹

Nesta linha de comparações, CANOTILHO, no tópico intitulado “*Processo de Verificação da Contrariedade de uma Norma Legislativa com uma Convenção Internacional*”,⁶⁴⁰ analisa legislação específica que regulamenta o tema na ordem jurídica portuguesa, e, após uma ponderação crítica,⁶⁴¹ define a natureza e finalidade deste tipo de ação como sendo um meio processual para o Tribunal Constitucional poder pronunciar-se sobre os problemas resultantes da “abertura” do direito constitucional português ao direito internacional, comum e convencional, e evitar, no interesse da segurança jurídica, oposições judiciais divergentes quanto à aplicação de regras do direito internacional, razão pela qual, se optou por um processo de fiscalização concreta que permite ao Tribunal Constitucional controlar a aplicação judicial das convenções internacionais e assegurar alguma uniformidade das decisões judiciais quanto a essa aplicação. Observa ainda que, na revisão que fizera o legislador português, este preferiu a expressão “bloco da legalidade qualificada”, abstendo-se de introduzir um processo de verificação de normas de direito internacional, devendo falar-se, aqui, em “inconstitucionalidade” ou “ilegalidade”, limitando-se a aludir, em termos objetivos, a uma *contrariedade* entre uma convenção internacional e um ato legislativo. Esta relação de contrariedade não diria nem mais, nem menos do que isto: um ato legislativo está em contradição com uma convenção internacional.⁶⁴²

Para CANOTILHO, esta relação de contrariedade assume um desvalor jurídico-constitucional e é esse desvalor a causa justificativa da sua recusa de aplicação por parte do juiz *a quo*, mas que, o Tribunal Constitucional não qualifica essa contrariedade, possivelmente porque isso seria dar como demonstrado aquilo que era preciso demonstrar: se a relação de contrariedade se reconduz a uma inconstitucionalidade, o que pressuporia a atribuição de valor constitucional às normas internacionais, logo o que se configuraria, seria uma inconstitucionalidade indireta, o que assenta-se, também, na hierarquia superior do direito internacional, ou se reconduz a uma ilegalidade, o que radicaria a ideia de as

⁶³⁹ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, op. cit., p. 280-281.

⁶⁴⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *DIREITO CONSTITUCIONAL e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 1042 e ss.

⁶⁴¹ Dentre outras ponderações reside o questionamento da constitucionalidade das reformas legais que promoveram o “alargamento das funções do Tribunal Constitucional através da lei”. Id., p. 1042.

⁶⁴² Ibidem, p. 1042-1043.

convenções internacionais beneficiarem de um valor legislativo qualificado, em relação às normas legislativas internas.⁶⁴³

Passando a observar mais de perto a primeira orientação apontada acima, qual seja, o magistério de CARVALHO RAMOS, nota-se que em diversos momentos, o autor traz uma visão organizatória que se afiguraria indispensável diante da realidade da interação entre Direito Constitucional e Direito Internacional, mas, em outros momentos suas ideias contradizem alguns postulados do Direito Constitucional.⁶⁴⁴ Recordando que o citado autor subdivide o controle de convencionalidade como sendo: 1) o controle de convencionalidade de matriz internacional, também o denominando como controle de convencionalidade autêntico ou definitivo; e 2) controle de convencionalidade de matriz nacional, também o chamando de provisório ou preliminar; analisemos com mais detalhes.

Para o referido autor, controle de convencionalidade de matriz internacional é atribuído a órgãos internacionais, compostos por julgadores independentes, criados por normas internacionais, para evitar que os próprios Estados sejam, ao mesmo tempo, *fiscais e fiscalizadores*, criando a indesejável figura do *judex in causa sua*. Na seara dos direitos humanos, exercitam o controle de convencionalidade internacional os tribunais internacionais de direitos humanos (Corte Europeia, Interamericana e Africana), os comitês, entre outros, e que esta ação dos órgãos internacionais seria denominada de autêntica por não se submeter as decisões das Cortes Constitucionais nacionais:

O controle de convencionalidade internacional é fruto da ação do intérprete autêntico – os órgãos internacionais. Exemplo disso é a apreciação pelo STF da compatibilidade da Lei da Anistia brasileira (Lei n. 6.683/79) com a Convenção Americana de Direitos Humanos (ADPF n. 153, Rel. Min. Eros Grau, 2010), que não vincula a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A Corte de San José, então, faz o controle de convencionalidade autêntico, que pode coincidir ou não com a posição nacional.⁶⁴⁵

⁶⁴³ Ibidem, p. 1044.

⁶⁴⁴ Como por exemplo, a afirmação de que o controle de convencionalidade internacional exercido pelos tribunais internacionais pode inclusive analisar a compatibilidade de uma norma oriunda do Poder Constituinte Originário com as normas previstas em um tratado internacional de direitos humanos. Embora reconheça o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que “*O STF não tem jurisdição para fiscalizar a validade das normas aprovadas pelo poder constituinte originário*” (ADI 815, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 28/03/1996, Plenário, DJ de 10/05/1996), afirma que esta limitação recairia sobre o controle de convencionalidade nacional e que, portanto, haveria limites de objeto ao controle de convencionalidade nacional, mas não ao controle de convencionalidade internacional. Cf. RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, op. cit., p. 281-282.

⁶⁴⁵ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, op. cit., p. 280-281.

Por sua vez, haveria também o controle de convencionalidade nacional, que vem a ser o exame de compatibilidade do ordenamento interno às normas internacionais feito pelos Tribunais internos. Assim, o chamado controle de convencionalidade de matriz nacional seria um controle *nacional* de *legalidade*, *supralegalidade* ou *constitucionalidade*, a depender do estatuto dado aos tratados incorporados e o autêntico controle de convencionalidade de tratado internacional seria aquele realizado no plano *internacional*, pois, segundo este autor, o controle dito nacional nem sempre resulta em preservação dos comandos interpretados das normas paramétricas contidas nos tratados, o que desvaloriza a própria ideia de primazia dos tratados, implícita na afirmação da existência de um controle de *convencionalidade*.⁶⁴⁶

Na jurisprudência da Suprema Corte Brasileira, a este respeito destaca-se o voto do Ministro Celso de Mello no HC 87.585/TO, em que tinha como pano de fundo, uma vez mais, a questão do depositário infiel e sua prisão, limitando esta modalidade de prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, haja vista a subscrição pelo Brasil ao Pacto de São José da Costa Rica. A certa altura de seu voto, recorda e propõe o Eminentíssimo Ministro:

Para sustentar a minha posição, Senhor Ministro CARLOS BRITTO, e, assim, atribuir qualificação constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, apoiei-me, dentre outros fundamentos, no conceito de bloco de constitucionalidade, lembrando, então, a esse respeito, como consignado nos votos que proferi no julgamento deste "habeas corpus" (HC 87.585/TO) e naquele do RE 466.343/SP e do RE 349.703/RS, valiosa lição ministrada pelo Professor Celso Lafer.

[...]

Proponho que se reconheça natureza constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, submetendo, em consequência, as normas que integram o ordenamento positivo interno e que dispõem sobre a proteção dos direitos e garantias individuais e coletivos a um duplo controle de ordem jurídica: o controle de constitucionalidade e, também, o controle de convencionalidade, ambos incidindo sobre as regras jurídicas de caráter doméstico.⁶⁴⁷ [grifo nosso]

PIOVESAN vê no Recurso Extraordinário n. 466.343, que rompeu com a jurisprudência anterior do Supremo Tribunal Federal que parificava os tratados

⁶⁴⁶ Ibidem, p. 280. A este respeito, ainda pontua Carvalho Ramos: “Cabe o lembrete que, mesmo se o juiz nacional realizar o controle de convencionalidade dito nacional, este não vincula o juiz internacional. Assim, é óbvio que *nem sempre os resultados do controle e convencionalidade internacional coincidirão com os do controle nacional*. Por exemplo, um Tribunal interno pode afirmar que determinada norma legal brasileira é compatível com um tratado de direitos humanos; em seguida, um órgão internacional de direitos humanos, ao analisar a mesma situação, pode chegar à conclusão que a referida lei *viola* o tratado”. Ibid., p. 281.

⁶⁴⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus n° 87.585-8/Tocantins*. Relator: Ministro Marco Aurélio, j. 03-12-2008. Voto do Min. Celso de Mello, fls. 341.

internacionais às leis ordinárias,⁶⁴⁸ já o ponto para parâmetro protetivo dos documentos internacionais na ordem interna, a ensejarem o controle de convencionalidade. Explica, que o referido julgado, proferido em dezembro de 2008 constitui uma decisão paradigmática, tendo a força catalisadora de impactar a jurisprudência nacional, a fim de assegurar os tratados de direitos humanos um regime privilegiado no sistema jurídico brasileiro, propiciando a incorporação de parâmetros protetivos internacionais no âmbito doméstico e o advento do controle de convencionalidade das leis.⁶⁴⁹

Certo é que a doutrina constitucional e jurisprudência tendem no sentido de reconhecer o “novo” instrumento do controle de convencionalidade, a estabelecer novo parâmetro de confronto e objeto, como mais uma forma de se tutelar direitos fundamentais tendo como paradigma de controle os tratados internacionais incorporados à ordem interna, o que harmonizaria o sistema valorizando e dando sentido objetivo à incorporação desses documentos, além de se evitar, em tese, a responsabilidade internacional do Estado, tópico que se aprecia abaixo.

Entretanto, ao se analisar o atual cenário nesta ordem de fatores no Direito Constitucional positivo brasileiro, parece mais correto afirmar sem margem para dúvidas, a possibilidade de controle, via ação direta inclusive, das normas contidas em tratados e convenções internacionais de direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais, *i. e.*, àqueles aprovados na forma prevista pelo § 3º do artigo 5º da Constituição. Uma vez que, como se viu, a suprallegalidade dos tratados sobre direitos humanos reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 466.343,⁶⁵⁰ ocorreu pela via difusa, e, além de existir novos questionamentos sobre o mesmo tema perante a Corte, inexistente previsão de uma ação denominada controle de convencionalidade na atual Constituição, sendo a construção pretoriana neste ponto, além de ainda incerta, questionável, embora de boa índole. Parece assim, mais coeso na atual sistemática, afirmar-se a possibilidade do controle de legalidade, para estes tratados não aprovados pelo rito especial, e se compreender por controle de convencionalidade, a análise que se faz da interpretação das Cortes Internacionais e tratados em que o país seja parte, de modo a se evitar responsabilidade do Estado, mas não como uma ação autônoma.

Observe-se para tanto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

⁶⁴⁸ Cf. Parte 2, capítulo 2, item 2.3.2 deste trabalho.

⁶⁴⁹ PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos e o direito Constitucional Internacional*, op. cit., p. 140.

⁶⁵⁰ Cf. Parte 2, capítulo 2, item 2.3.2 deste trabalho.

Ementa:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. DESACATO. ART. 331 DO CP. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. ART. 13 DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS.

1. A liberdade de expressão comporta limitações, não se vislumbrando incompatibilidade entre o art. 331 do Código Penal e o art. 13 da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, diante dos cânones de interpretação constantes nos arts. 13.2 e 29 da referida Convenção (HC n. 379.269/MS, Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Terceira Seção, DJe 30/6/2017).

2. Agravo regimental improvido.⁶⁵¹

Ou ainda:

Ementa:

HABEAS CORPUS. MANUTENÇÃO DA TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE DESACATO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. DIREITOS HUMANOS. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA (PSJCR). CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. INAPLICABILIDADE. MATÉRIA DECIDIDA PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE SUPERIOR. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DESTE RELATOR. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.640.084/SP, afastou a tipicidade do crime de desacato, ante sua incompatibilidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos. No entanto, o matéria foi recentemente examinada pela Terceira Seção deste Sodalício, no HC-379.269/MS (sessão do dia 24/5/2017). Lá, por maioria de votos (vencidos eu e o Ministro Ribeiro Dantas), entendeu-se que o delito de desacato continua a ser conduta típica no ordenamento jurídico pátrio.

2. Muito embora o acórdão proferido pela Terceira Seção acerca da matéria não tenha efeito vinculante, não há como negar que é o órgão colegiado de uniformização da jurisprudência criminal nesta Corte Superior e, assim, deve ser respeitado por este Relator e pelas suas duas Turmas de Direito Penal (Quinta e Sexta).

3. Agravo regimental improvido.⁶⁵²

De ver-se que, a questão do controle de convencionalidade, fora discutida nos referidos casos, pelo Superior Tribunal de Justiça, numa verificação da temática da ordem interna diante da norma internacional, sendo que, o meio processual para tanto, por óbvio, ocorre dentro da legalidade das ações possíveis no ordenamento brasileiro, no caso, Agravo Regimental em Recurso Especial e em *Habeas Corpus*.

⁶⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental em Agravo em Recurso Especial* (AgRg no AREsp 1071275 / SC) nº 2017/0062787-0, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. 17-08-2017, DJe, 29-08-2017.

⁶⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Habeas Corpus* (AgRg no HC 395364 / SP) nº 2017/0080169-1, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. 15-08-2017, DJe, 24-08-2017.

Talvez por tais razões KOSTIN e SIMÕES, após analisarem o tema num viés constitucionalista (embora se encontre maior discussão sobre o tema entre os internacionalistas), concluem:

Em suma, constatou-se, por primeiro, que o controle de convencionalidade não pode ser imposto aos Estados-membro da CADH como estrutura de controle normativo. A razão primordial reside no fato de que essa imposição é atribuída à jurisprudência da CIDH, o que é equivocado, haja vista o caráter não vinculante das decisões da corte a Estados que não tenham sido parte no processo. Ademais, parece não existir justificção legal que fundamente o controle de convencionalidade como obrigação internacional, motivo pelo qual não pode ele ser imposto.

Por segundo, há uma pressuposição, por parte da CIDH, de que a CADH deteria caráter supraconstitucional. No entanto, essa premissa é errônea, uma vez que cabe exclusivamente ao Estado-membro decidir acerca da hierarquia e organização de sua normativa interna.

Por terceiro, a incumbência de invalidar normas nacionais escapa às competências da CIDH. Portanto, a ela não compete o exercício do controle de convencionalidade concentrado, uma vez que tal exercício implicaria, exatamente, a invalidação de normas domésticas. Como tribunal internacional que é, à CIDH compete a verificação de eventual responsabilidade internacional do Estado, mas não o desempenho de controles normativos, ao menos, no atual paradigma das relações internacionais e da soberania estatal.

Em quarto, convém ressaltar que embora a jurisdição nacional não esteja obrigada a realizar o controle de convencionalidade interno, como se argumentou, isso não a desobriga de cumprir os tratados ratificados pelo Estado-membro, tal qual a CADH, haja vista que se caracterizam como direito nacional de fonte internacional e, portanto, integrantes do ordenamento jurídico doméstico.

Em quinto, em países como o Brasil, onde os tratados de direitos humanos possuem hierarquia constitucional, a compatibilização das normas internas às convenções internacionais constitucionais deve ocorrer, naturalmente, pela via do controle de constitucionalidade. Dessa maneira, não se afigura necessário o exercício de dado controle de convencionalidade, pois seria desempenhado à semelhança absoluta do controle de constitucionalidade, já amplamente utilizado e, destaque-se, suficiente a invalidar normas que contrariam os tratados de direitos humanos.

Por último, a despeito de discussões acerca de hierarquia normativa, o princípio normativo *pro homine* possibilita a aplicação, no caso concreto, da norma mais protetiva aos direitos humanos quando houver conflito entre norma da constituição e de tratado internacional de direitos humanos. Assim, o que se propõe é que, nesta situação, seja aplicada a norma mais protetiva ao cidadão.⁶⁵³

⁶⁵³ NATIVIDADE, João Pedro Kostin Felipe de; SILVA, Débora Simões da. *A ilegitimidade na imposição e no exercício do controle de convencionalidade pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)*, Revista dos Tribunais ONLINE, Revista de Processo Comparado | vol. 5/2017 | p. 221 - 243 | Jan - Jun / 2017 | DTR\2017\1620.

Acerca de tais razões, a fim de, pelo menos se evitar a responsabilidade do Estado por interpretações díspares com o entendimento de Tribunais Internacionais aos quais o Brasil se submeta, fosse o caso de, nos moldes do que se apontou sobre o Direito português, regulamentar a matéria, o que preservaria maior segurança jurídica, inclusive. O que não poderia ocorrer, sem uma Emenda Constitucional, por certo, vez que, ao se tratar de controle de convencionalidade, consequência da abertura interna, se está a tratar, também, de hierarquia de tratados internacionais.

1.3 RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO BRASILEIRO

Com a devida advertência das limitações implícitas que se fará sobre o item – indispensavelmente proposto –, vez que a temática, por si só, poderia pressupor uma tese em separado, buscar-se-á simplesmente demonstrar a fundamentação desta possibilidade como consequência da abertura da ordem interna ao Direito Internacional, no escopo do trabalho, e, exemplificar a manifestação desta responsabilização.

REZEK, ao conceituar *responsabilidade internacional*, diz: “O Estado responsável pela prática de um ato ilícito segundo o direito internacional deve ao Estado a que tal ato tenha causado dano uma reparação adequada. É essa, em linhas simples, a ideia da responsabilidade internacional”.⁶⁵⁴

Tem-se uma relação entre sujeitos de direito das gentes, que deve tanto ser deduzido, como se faz tradicionalmente, com referência à Estados, mas igualmente se aplicando às organizações internacionais, pois “uma organização pode, com efeito, incidir em conduta internacionalmente ilícita, arcando assim com sua responsabilidade perante aquela outra pessoa jurídica de direito das gentes que tenha sofrido o dano; e pode, por igual, figurar a vítima do ilícito, tendo neste caso direito a uma reparação”.⁶⁵⁵

Ampliando a noção, ACCIOLY, NASCIMENTO e CASELLA, observam que “os atos de órgãos do estado, contrários ao direito internacional, implicam responsabilidade internacional, mesmo se tais atos forem baseados no seu direito interno. A regra foi

⁶⁵⁴ REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*. 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 321.

⁶⁵⁵ *Ibidem*.

codificada pela **Convenção sobre o Direito dos Tratados** de 1969 (art. 27).”⁶⁵⁶ [negrito do autor].

In verbis: “Art. 27. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o art. 46”.⁶⁵⁷

Logo, a responsabilidade pelos atos de órgãos do Estado, significa dizer que os atos do órgão Executivo (ou administrativo), do Legislativo e do Judiciário (ou relativos às funções judiciárias), podem ser suscetíveis de responsabilização do Estado ao nível internacional, por seus respectivos atos.

Sobre os atos do Executivo, lecionam os autores que os casos mais comuns de responsabilidade do Estado resultam de atos dos órgãos do Poder Executivo ou administrativo e podem decorrer de decisões do próprio governo ou de seus funcionários, pois é incontestável que o Poder Executivo, ou as autoridades superiores que o encarnam, têm qualidade para comprometer a responsabilidade do Estado; para tanto, basta que outro Estado ou cidadão estrangeiro sofra dano resultante de ação ou de omissão das referidas autoridades incompatível com as suas obrigações.⁶⁵⁸

No que concerne aos atos do órgão Legislativo, observam que os princípios aplicáveis aos atos do órgão Executivo também o são aos do órgão Legislativo, ainda que este tenha funcionado como órgão constitucional. Assim, se o Poder Legislativo do Estado adota lei ou disposição interna contrária aos seus deveres internacionais ou incompatível com tais deveres, ou deixa de adotar as disposições legislativas necessárias para a execução de algum dos ditos deveres, o Estado responderá por isso.⁶⁵⁹ “Daí a regra, que se pode dizer universalmente aceita, de que um estado não pode declinar sua responsabilidade com a invocação de seu direito interno”.⁶⁶⁰

Por fim, os atos do Poder Judiciário ou a ele relativos, representa a possibilidade de o Estado ser responsabilizado em consequência de atos de seus juízes ou de seus tribunais, embora esse princípio nem sempre tenha sido aceito pelos governos, ciosos da independência

⁶⁵⁶ ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*, 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 368.

⁶⁵⁷ BRASIL. *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados* – Decreto n.º 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

⁶⁵⁸ ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*, op. cit., p. 368

⁶⁵⁹ *Ibidem.*, p. 371.

⁶⁶⁰ *Ibidem.*

de seus tribunais, do respeito devido à coisa julgada e das garantias normalmente existentes no processo judiciário.⁶⁶¹

Recobrando o magistério de REZEK, para se fundamentar a responsabilidade do Estado ou organização internacional por um ato ilícito, não se deve investigar a culpa subjetiva, sendo bastante que tenha havido uma afronta a uma norma de Direito Internacional e que daí tenha resultado dano para outro Estado ou organização, mas que, igualmente, não se admite uma responsabilidade objetiva,⁶⁶² independente de verificação do procedimento faltoso, devendo esta análise, sim, ocorrer, perquirindo-se três elementos: o ato ilícito, a imputabilidade e o dano.⁶⁶³

Não há que se falar em responsabilidade internacional sem a ocorrência de um dano para outra personalidade de direito das gentes, sendo que este dano pode ser, material ou imaterial de variada ordem, suscetíveis de justificar, por parte do Estado faltoso, uma reparação que pode, ou não, representar um valor econômico, sendo que, no domínio dos tratados, a violação de norma convencional só poderia, em princípio, dar origem à reclamação das outras partes, não à de terceiros.⁶⁶⁴

No ato ilícito, como sendo, necessariamente resultante de uma conduta ilícita, toma-se a norma de direito internacional – e não o direito interno – como referência. A imputabilidade, caracterizada como ação ou omissão ilícita, deve ser imputável a uma pessoa jurídica inscrita na mesma ordem, isto é, a um Estado ou organização internacional, podendo ser *indireta* a responsabilidade, quando o Estado responde pelo ilícito provocado por dependência sua, como era o caso dos territórios sob tutela de algum Estado, e também nos modelos federativos. Ou, ainda, *direta*, pela ação de seus órgãos de qualquer natureza ou nível hierárquico, não sendo excluída a possibilidade de imputar-se ao Estado o ilícito

⁶⁶¹ Ibid., p. 371-372. Ainda observam os autores sobre este ponto: “Embora o princípio da responsabilidade por atos do judiciário seja reconhecido, de modo geral, alguns autores relutam em admiti-lo. É o caso de Clóvis BEVILÁQUA, que, baseando-se no preceito da independência dos órgãos judiciários, sustentou que o estado não pode ser responsável por danos causados por seus tribunais. Nós sustentamos, ao contrário, que para o direito internacional, a decisão ou o ato, emanado do tribunal nacional simplesmente constitui manifestação da atividade do estado; se e tal manifestação existe a violação de obrigações internacionais, o estado deve por esta responder”. Ibidem., p. 372.

⁶⁶² Com a exceção que o mesmo autor esclarece sobre casos e tópicos especiais: “Assim as atividades nucleares de índole pacífica, bem como as atividades espaciais, embora perfeitamente lícitas, podem causar danos que o Estado responsável deva reparar. Seria, entretanto, mais apropriado entender que neste caso a responsabilidade resulta não dos empreendimentos espaciais ou nucleares, lícitos em si mesmos, mas da recusa de compensar espontânea e imediatamente os danos causados a outrem”. Cf. José F. Rezek. *Direito Internacional Público*, op. cit., p. 322.

⁶⁶³ REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*, op. cit., p. 322-327.

⁶⁶⁴ Ibidem, p. 326.

resultante do exercício de competências legislativas ou judiciárias, na mesma linha do que se apontou supra.⁶⁶⁵

REZEK complementa a explicação acerca da imputabilidade, com a observação de que a ação hostil de particulares não compromete, por si mesma, a responsabilidade internacional do Estado, sendo que, este incorrerá em ilícito somente quando faltar a seus deveres elementares de prevenção e repressão.⁶⁶⁶ Alude ainda, que antes o discurso clássico era no sentido de “proteção dos estrangeiros”, mas que hoje, após significativo progresso nos costumes, trazendo consigo o prestígio do princípio democrático, maior respeito pelos valores humanos, e havendo-se instaurado certos mecanismos internacionais de proteção dos direitos do homem e de seu controle, mesmo a distância, pela opinião pública, vai deixando a cena a velha ideia de que o Estado deva uma proteção diferenciada a estrangeiros, exigindo-se, na realidade contemporânea, um tratamento igualitário, uma política não discriminatória entre estrangeiros e nacionais no que concerne ao quadro elementar dos direitos civis.⁶⁶⁷

É neste mesmo diapasão que CASSESE, ao traçar uma visão geral sobre a regulamentação atual da responsabilidade do Estado e descrever o seu gradual crescimento, explica:

A presente regulamentação desta difícil área de direito internacional cresceu gradualmente ao longo dos anos. Foi grandemente influenciada pelos trabalhos da Comissão de Direito Internacional da ONU (CDI). Os relatórios elaborados por uma série de sucessivos colaboradores especiais (FV García Amador, R. Ago, W. Riphagen, G. Arangio-Ruiz, J. Crawford), os debates na Comissão e a reação dos Estados expressas tanto individualmente como nas discussões da Assembleia Geral da ONU (AG) levaram gradualmente à adoção, em 2001, de um "Projeto de artigos sobre a Responsabilidade dos Estados em relação aos Atos Internacionalmente ilícitos", que, em grande medida, refletem a lei existente, enquanto, em alguns aspectos, desenvolve progressivamente esta matéria. A pedido da CDI, a AG da ONU, na sua resolução 56/83, aprovada em 2001, "tomou nota" dos projetos de artigos e os "recomendou" a atenção dos governos sem prejuízo da questão da sua futura adoção ou de outra forma ações apropriadas".⁶⁶⁸ [tradução nossa]

⁶⁶⁵ Ibid., p. 323.

⁶⁶⁶ Ibid., p. 324.

⁶⁶⁷ Ibidem.

⁶⁶⁸ CASSESE, Antonio, *International Law*, second edition, New York: Oxford University Press: 2005, p.243-244. “The present regulation of this difficult area of international law has gradually grown over the years. It has been greatly influenced by the works of the UN International Law Commission (ILC). The reports prepared by a number of successive outstanding Special (F. V. García Amador, R. Ago, W. Riphagen, G. Arangio-Ruiz, J. Crawford), the debates in the Commission, and the reaction of States expressed both individually and in discussions in the UN General Assembly (GA), have gradually led to the adoption, in 2001, of ‘Draft Articles on Responsibility of States for Internationally wrongful Acts’ that to a large extent reflect existing law, while in some respects progressively developing that law. At the request of the ILC the UN GA, in its resolution

CASSESE resume os traços salientes deste novo paradigma dividindo-os em cinco observações: *i*) a responsabilidade do Estado é liberada do conjunto de regras substantivas sobre tratamento de estrangeiros, com as quais estava anteriormente vinculada, sendo geralmente reconhecido que se pode fazer uma distinção entre ‘regras primárias’ do direito internacional, ou seja, as regras consuetudinárias ou de tratados que estabelecem obrigação substantiva para os Estados; e ‘regras secundárias’, isto é, regras que estabelecem em que condições podem ocorrer uma violação de uma regra primária e as consequências desta violação; *ii*) as regras atuais de responsabilidade do Estado foram esclarecidas e receberam precisão em relação a um grande número de antigas controvérsias, por exemplo, a natureza do dano exigido para um Estado ser considerado lesado pelo ato injusto do outro; *iii*) antes, o Estado lesado por um injusto internacional de outro Estado poderia decidir se imediatamente tomava uma ação forçada, de modo a ‘punir’ o Estado infrator, ou se, ao invés, primeiro requeria reparação. Agora, devem os Estados primeiro requererem a reparação, para somente então, se nenhuma reparação for feita, ou for considerada insatisfatória, poderem se esforçar numa disputa pacífica, recorrendo-se a negociação, conciliação, arbitragem, ou outros meios de solução de conflito; *iv*) responsabilidade [liability] criminal individual em oposição a responsabilidade do Estado foi grandemente expandida. Sejam os indivíduos agentes oficiais do Estado ou particulares, são agora responsáveis [accountable] por violações ao direito internacional (crimes de guerra, crimes contra a humanidade, genocídio, terrorismo etc.); *v*) um acordo já cristalizado sobre a necessidade de se distinguir entre duas formas ou categorias de responsabilidade do Estado [State accountability]: responsabilidade por violações ‘comuns’ do direito internacional e uma classe de ‘responsabilidade agravada’ por violações de algumas regras gerais fundamentais que consagram valores essenciais, tais como, paz, direitos humanos, autodeterminação dos povos.⁶⁶⁹ (CASSESE, A., 2005, p. 244-245, tradução nossa)

Talvez, seja na linha desta evolução, que CARREAU afirma compreender a classificação tradicional do Direito Internacional como direito público apenas quando tradicionalmente definido como o estudo das relações entre Estados, mas que hoje, esta classificação não corresponderia mais, pela diversidade de atores na sociedade internacional contemporânea, preferindo a expressão “Direito Transnacional”:

56/83 adopted in 2001, ‘took note’ of the Draft Articles and ‘commended’ them to the attention of governments ‘without prejudice to the question of their future adoption or other appropriate actions’.”

⁶⁶⁹ Ibid., p. 244-245.

Tradicionalmente, já assinalamos que, o direito internacional é definido como o ramo do Direito que preside as relações entre os Estados. Desta perspectiva, foi então referido como "direito internacional público". Exatamente como esta concepção e definição foram no passado, estão longe do estado da sociedade internacional contemporânea. [...]

Atualmente, este termo "direito internacional público" é inteiramente inadequado, pois não reflete a diversidade de atores da sociedade internacional contemporânea. O direito internacional se direito de governar as relações entre todos os atores desta sociedade "transnacional". Por nossa parte, adotaremos a concepção do professor e ex-juiz americano da C. I. J., Ph. Jessup que caracteriza o direito internacional contemporâneo como a "direito transnacional".⁶⁷⁰

Como este trabalho busca compreender a abertura internacional da Constituição pelos tratados que são incorporados na ordem doméstica, bem como, pelo que se analisou acerca de como os direitos humanos seriam a matriz do fenômeno neste movimento de internacionalização com o ser humano no centro das preocupações,⁶⁷¹ destaca-se, no presente tópico a relevância do tema na seara da responsabilidade internacional do Estado, igualmente.

Daí afirmar CARVALHO RAMOS que “o Direito Internacional dos Direitos Humanos é hoje uma impressionante realidade”.⁶⁷² Contemporaneamente, eventual alegação de ‘competência exclusiva dos Estados’ ou mesmo de ‘violação da soberania estatal’, no que diz respeito à proteção dos direitos humanos, encontra-se ultrapassada, segundo o autor, após anos de aquiescência pelos Estados, inclusive do Brasil, o que seria um retrato da internacionalização da temática, a crescente adesão dos Estados a mecanismos internacionais judiciais ou quase judiciais, que analisam petições de vítimas⁶⁷³ de violação de direitos

⁶⁷⁰ CARREAU, Dominique, *Droit International*. 4^e édition. Paris : Pedone, 1994, p. 33. « Traditionnellement, nous l’avons déjà signalé, le droit international étât défini comme cette branche du droit que présidait aux relations entre États. Dans cette optique, il était alors communément appelé « droit international public ». Pour exactes qu’aient été cette conception et cette définition dans le passé, elles sont loin de correspondre à l’état de la société internationale contemporaine. [...]

A l’époque actuelle, cette expression « droit international public » s’avère entièrement inadéquate dans la mesure où elle ne permet pas de rendre compte de la diversité des acteurs de la société internationale contemporaine. Le droit international se droit de gouverner les relations entre tous les acteurs de cette société « transnationale ». Pour notre part, nous adopterons la conception du professeur et ancien juge américain à la C. I. J. Ph. Jessup qui caractérise le droit international contemporain comme étant le « droit transnational ».

⁶⁷¹ Cf. Parte 1, capítulo 2, item 2.2 e seguintes, deste trabalho.

⁶⁷² RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, op. cit., p. 284.

⁶⁷³ Neste sentido, o autor destaca os seguintes documentos internacionais que recebem petições ou denúncias de vítimas e que se relaciona ao nosso Direito: o Protocolo Facultativo à Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Mulher, conferindo ao seu Comitê a possibilidade de receber petições de vítimas de violações de direitos protegidos nesta Convenção, tendo o Brasil aderido em 2002; o reconhecimento do Brasil a competência do Comitê para a Eliminação de Toda a Forma de Discriminação Racial para receber e analisar denúncias de vítimas de violação de direitos protegidos pela Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, por ato internacional depositado junto à Secretaria

humanos, interpretam o direito envolvido e determinam reparações adequadas, que devem ser cumpridas pelo Estado.⁶⁷⁴

Apesar desse crescimento, ressalte-se a observação de PIOVESAN, acerca do nosso sistema regional de proteção ao analisar a Corte Interamericana, lembrando que o indivíduo não tem acesso direto à Corte: “Nos termos do art. 61⁶⁷⁵ da Convenção Americana, apenas a Comissão Interamericana e os Estados-partes podem submeter um caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos”.⁶⁷⁶

Além disso, para que possa examinar a comunicação, o Comitê, obedecendo à subsidiariedade do mecanismo, deverá se assegurar de que a mesma questão não esteja sendo examinada por outra instância internacional de inquérito ou decisão e de que o indivíduo tenha esgotado os recursos internos disponíveis, salvo em caso de demora injustificada.⁶⁷⁷

Sendo esta a jurisprudência da própria Corte:

O primeiro aspecto refere-se à primeira exceção preliminar levantada pelo Estado demandado sobre a falta de esgotamento dos recursos internos no momento da apresentação da petição perante a Comissão Interamericana. Esta temática tem consequências substanciais e funcionais para a tutela do direito ao acesso à justiça das supostas vítimas perante o Sistema Interamericano, e, também, para a compreensão do **princípio da subsidiariedade** e complementaridade que o regem, à luz da Convenção Americana e de sua efetividade.⁶⁷⁸ [negrito nosso]

Geral da ONU em 17 de junho de 2002 [Decreto n. 4.738 de 12 de junho de 2003]; o reconhecimento do Estado Brasileiro a competência do Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência para receber petições de vítimas de violações desses direitos [Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009]; em 2009, o Brasil deu um passo adiante, após o Congresso ter aprovado a adesão brasileira ao Primeiro Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, havendo sua ratificação em 25 de setembro de 2009 [Decreto Legislativo n. 311, publicado no DSF de 17 de junho de 2009. Aprova o texto do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, adotado em Nova York, em 16 de dezembro de 1966, e do Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos com vistas à Abolição da Pena de Morte, adotado e proclamado pela Resolução n. 44/128, de 15 de dezembro de 1989, com a reserva expressa no seu art. 2º. Cf. RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, op. cit., p. 284-285.

⁶⁷⁴ Ibidem.

⁶⁷⁵ *In verbis*: “Artigo 61-1. Somente os Estados Partes e a Comissão têm direito de submeter caso à decisão da Corte”.

⁶⁷⁶ Ainda esclarece a autora que neste contexto, a Comissão Interamericana surge como relevante instância internacional competente para examinar comunicações ou petições individuais que denunciem violação a direito internacionalmente assegurado – no caso, direito assegurado pela Convenção Americana de Direitos Humanos ou por outro tratado do sistema interamericano. Quanto à Corte Interamericana, o Brasil reconheceu sua competência jurisdicional em dezembro de 1998. Cf. PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos e o direito Constitucional Internacional*, op. cit., p. 394.

⁶⁷⁷ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*, op. cit., p. 276.

⁶⁷⁸ Caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*. Sentença de 30 de janeiro de 2014. Voto concordante do juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Cf. LANFREDI, Luís Geraldo Sant’Ana; CAVALCANTI JÚNIOR, Fernando Antônio Wanderley (Coord). *Direito à liberdade pessoal – jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos*, Conselho Nacional de Justiça, Brasília: CNJ, 2016, p. 64 e ss (no trecho do voto: p. 76). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>, acesso em 10 de out. de 2017.

Cite-se o emblemático caso de responsabilização do Estado brasileiro, por violência contra a mulher, a petição referente ao Caso 12.051. Trata-se do caso de grave violência perpetrada contra Maria da Penha Maia Fernandes por parte de seu então companheiro, onde as tentativas de homicídio e as agressões acabaram por provocar paraplegia irreversível na vítima, e, apesar de condenado pela Justiça local, após quinze anos o réu ainda permanecia em liberdade, valendo-se de sucessivos recursos processuais, contra a decisão condenatória do Tribunal do Júri.⁶⁷⁹

No que ficou conhecido como *Caso Maria da Penha*, o Brasil foi condenado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos por violação de direitos humanos, “basicamente, pela delonga do Tribunal de Justiça do Ceará em aplicar a lei penal em prazo razoável”.⁶⁸⁰

De acordo com o Relatório 54/2001, referente ao caso, no tópico III, Posição das Partes, “Posição do Estado”, item 25, o Estado brasileiro não apresentou à Comissão resposta alguma com respeito à admissibilidade ou ao mérito da petição, apesar das solicitações formuladas pela Comissão ao Estado em 19 de outubro de 1998, em 4 de agosto de 1999 e em 7 de agosto de 2000.⁶⁸¹

Assim sendo, teriam sido preenchidos os requisitos de admissibilidade da petição, ante a necessidade de esgotamento dos recursos da jurisdição interna, pois segundo o artigo 46 (1) (a) da Convenção, é necessário o esgotamento dos recursos da jurisdição interna para que uma petição seja admissível perante a Comissão. Entretanto, a Convenção também estabelece em seu artigo 46 (2) (c) que, quando houver atraso injustificado na decisão dos recursos internos, a disposição não se aplicará.⁶⁸²

Conforme assinalou a Corte Interamericana, esta é uma norma a cuja invocação o Estado pode renunciar de maneira expressa ou tácita e, para que seja oportuna, deve ser suscitada nas primeiras etapas do procedimento, podendo-se na falta disso presumir a renúncia tácita do Estado interessado a valer-se da mesma. Não sendo respondida às repetidas comunicações com as quais lhe foi transmitida a petição e, por conseguinte, tampouco invocando essa exceção, a Comissão considerou que esse silêncio do Estado

⁶⁷⁹ PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos e o direito Constitucional Internacional*, op. cit., p. 421.

⁶⁸⁰ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, op. cit., p. 287.

⁶⁸¹ CIDH. *Organização dos Estados Americanos*. Relatório 54/2001, referente ao Caso 12.051, de 4 de abril de 2001, p. 5.

⁶⁸² *Ibid.*, p. 5.

constitui, neste caso, uma renúncia tácita a invocar esse requisito que o isenta de levar avante a consideração de seu cumprimento.⁶⁸³

Em 2001, a Comissão Interamericana então condenou o Estado brasileiro por negligência e omissão em relação à violência doméstica, recomendando ao Estado, dentre outras medidas, “prosseguir e intensificar o processo de reforma, a fim de romper com a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra as mulheres no Brasil”.⁶⁸⁴

Como aponta PIOVESAN, a decisão fundamentou-se na violação, pelo Estado, dos deveres assumidos em face da ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (“Convenção do Belém do Pará”). Observa-se ainda, que em cumprimento à decisão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no caso 12.051, o Estado brasileiro adotou a Lei n. 11.340/2006, que cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como determinou o pagamento de indenização à vítima.⁶⁸⁵

Resta assim evidenciada, ainda que brevemente, a possibilidade da responsabilidade internacional do Estado, não somente perante outros Estados, mas também em relação a organizações internacionais, em decorrência de tratados ratificados, e, alguns desses mecanismos que já se manifestam concretamente, sendo que, para além das preocupações hierárquicas que os documentos internacionais podem ocupar na ordem interna, há de se compreender o ingresso e sujeição do Estado a um outro regime, quando incorpora tratado e se submete a jurisdições, notadamente pelo fato, que já se afirmou nesse trabalho⁶⁸⁶ de o direito internacional adotar um unilateralismo internacionalista,⁶⁸⁷ não admitindo que suas normas sejam descumpridas sob a escusa de óbices internos, como se vê da leitura do art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969), repetidas vezes referenciada neste trabalho.

Por esta razão, a Emenda Constitucional 45 de 2004, trouxe a possibilidade de um deslocamento de competência para a justiça federal nos casos de grave violação a direitos humanos, com a finalidade de assegurar as obrigações assumidas pelo Estado brasileiro em tratados deste gênero. Último item que se observa na sequência.

⁶⁸³ Ibid., p. 6.

⁶⁸⁴ Ibidem.

⁶⁸⁵ PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos e o direito Constitucional Internacional*, op. cit., p. 422.

⁶⁸⁶ Cf. Parte 2, capítulo 1, item 1.2 Incorporação de tratados *comuns*: entre o monismo e o dualismo.

⁶⁸⁷ André de Carvalho Ramos, *Pluralidade das Ordens Jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o Direito Constitucional*. R. Fac. Dir. Univ. São Paulo, v. 106/107, jan./dez., 2011/2012, p.497-524, p. 498.

1.4 INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA PARA A JUSTIÇA FEDERAL – ART. 109, § 5º

Na lição da doutrina internacionalista, é regra geralmente aceita de que o Estado responde pelos atos de pessoas jurídicas ou coletividades que, em seu território, exerçam funções públicas de ordem administrativa ou legislativa – estados federados, províncias, municípios etc. –, quando tais atos são contrários aos deveres internacionais do Estado.⁶⁸⁸

No que se relaciona mais de perto ao presente item, o estado federal, é doutrina corrente que um Estado estrangeiro não deve tratar diretamente com as unidades da Federação, e o governo desta não pode esquivar-se da responsabilidade por atos imputáveis aos governos das ditas unidades, sob a alegação de que a autonomia destas não lhe permite intervir nos seus negócios.⁶⁸⁹

No aspecto histórico, observou-se acima, que os fenômenos da globalização e o pós-Segunda Guerra Mundial, tiveram influência na internacionalização do direito, com uma sorte de “apropriação” do Direito Internacional pelos direitos humanos fundamentais, ao lado das Constituições dos Estados, com a preocupação na determinação do ser humano como fim em si mesmo.⁶⁹⁰ Os reflexos desses acontecimentos se espelham no processo de redemocratização do Brasil com a Constituição de 1988, que como se sabe, eleva a princípio fundamental da República a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e estabelece que o Estado brasileiro, nas suas relações internacionais, reger-se-á, dentre outros, pelos princípios da prevalência dos direitos humanos, do repúdio ao terrorismo e ao racismo e pela cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (art. 4º, II, VIII e IX).⁶⁹¹

Além disso, nossa própria Lei Maior, na sua organização interna estabelece que a União não intervirá nos estados exceto para, dentre outros, assegurar a observância de princípios – cuja classificação doutrinária os nomeiam como “princípios sensíveis”⁶⁹² (art.

⁶⁸⁸ ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*, op. cit., p. 373.

⁶⁸⁹ Ibidem.

⁶⁹⁰ Cf. Parte 1, capítulo 2, item 2.2 deste trabalho.

⁶⁹¹ Cf. Parte 1, capítulo 2, item 2.3 deste trabalho.

⁶⁹² Na doutrina de José Afonso da Silva: “O termo *sensíveis* está aí no sentido daquilo que é facilmente percebido pelos sentidos, daquilo que se faz perceber claramente, evidente, visível, manifesto; portanto, *princípios sensíveis* são aqueles clara e indubitavelmente mostrados pela Constituição, os *apontados, enumerados*. São *sensíveis* em outro sentido, como coisa dotada de sensibilidade, que, em sendo contrariada, provoca reação, e esta, no caso, é a intervenção nos Estados, exatamente para assegurar sua observância. Esses princípios são aqueles que estão enumerados no art. 34, VII, que constituem o fulcro da organização constitucional do País (...)”. Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 35ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 612.

34, VII) – dentre eles, os direitos da pessoa humana, cuja violação enseja até mesmo a intervenção federal nos Estados (art. 34, VII, “b”).⁶⁹³

A este respeito comenta FERREIRA FILHO:

Direitos da pessoa humana. Este princípio foi acrescentado à enumeração pela Constituição em vigor. Consagra-se, destarte, mais uma vez a importância que esses direitos têm para o direito constitucional brasileiro. E, por outro lado, serve ele de advertência para as autoridades estaduais. Note-se, porém, que, em termos práticos, pouco acrescenta esta referência. Com efeito, os direitos da pessoa humana estão registrados nesta Constituição, basicamente no art. 5º. Assim, a sua observância cai sob a rubrica “execução da lei federal”, que é motivo de intervenção federal segundo já preceitua o art. 34, VI, da Constituição.⁶⁹⁴ [itálico do autor]

Além disso, como já se anotou diversas vezes neste trabalho, o artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, cuja adesão fez o Brasil, não permite que uma parte invoque as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.⁶⁹⁵ Some-se a isto, o fato de que cabe à União manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais (art. 21, I).

Com isso, compreende-se como mais uma consequência da abertura da ordem interna ao Direito Internacional o incidente de deslocamento de competência para a justiça federal, ou, a federalização da jurisdição sobre direitos humanos (art. 109, V-A e § 5º).

No magistério de ANNA CANDIDA, a relevância e o reconhecimento dos direitos humanos explicitados nos documentos internacionais e partindo-se do pressuposto de que essa matéria deveria necessariamente ser assumida pela União, surge no país a ideia da federalização da jurisdição desses direitos, que ganha corpo com a introdução, na Constituição de 1988, pela Emenda Constitucional nº. 45/2004, a chamada reforma do Poder Judiciário, que inseriu um parágrafo no artigo 109 do texto constitucional.⁶⁹⁶

⁶⁹³ “Destina-se este instituto a assegurar, contra tendências desagregadoras, a permanência do Estado federal. Secundariamente, serve também à defesa dos direitos individuais contra a prepotência de poderes estaduais”. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2ª ed., vol.1 – Arts. 1º a 103. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 223. “A intervenção federal consiste em medida excepcional de supressão temporária da autonomia de determinado ente federativo, fundada em hipóteses taxativamente previstas no texto constitucional, e que visa à unidade e preservação da soberania do Estado Federal e das autonomias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”. Cf. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 29ª ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 327.

⁶⁹⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, op. cit., p. 228.

⁶⁹⁵ BRASIL. *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados* – Decreto n.º 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

⁶⁹⁶ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Conflitos e Tensões na Jurisdição Constitucional decorrentes da Internacionalização dos Direitos Humanos*. In: *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 8, nº. 28, p. 125-152, Jul./Set., 2014, p. 127.

Por ocasião dos debates para a aludida reforma, após avaliação do relatório do Deputado Aloysio Nunes Ferreira, a Associação Nacional dos Procuradores da República – ANPR – fazia a seguinte sugestão:

[...] é a União, na qualidade de ente federado com personalidade jurídica na esfera internacional, que tem o poder de contrair obrigações jurídicas internacionais em matéria de direitos humanos, mediante a ratificação de tratados. Consequentemente, a sistemática de monitoramento e fiscalização de tais obrigações recai na pessoa jurídica da União. Deste modo, por coerência, há de caber à União a responsabilidade para apurar, processar e julgar casos de violação de direitos humanos, uma vez que, por comandos internacionais, obrigou-se a fazer valerem tais direitos em todo o território nacional. Daí a imperiosidade de se atribuir à Justiça Federal competência para o julgamento das violações mais sérias aos direitos humanos.⁶⁹⁷

A aludida reforma trouxe, portanto, o seguinte texto:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:
 V-A - as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo;
 § 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

Para CARVALHO RAMOS, esta reforma decorre da busca pela aceitação do controle de convencionalidade,⁶⁹⁸ e, ao introduzir a chamada “federalização das graves violações de direitos humanos” o ordenamento brasileiro teria dado um passo importante, uma vez que, a origem desta alteração constitucional está na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e dos demais tribunais internacionais, que não admitem que um Estado justifique o descumprimento de determinada obrigação em nome do respeito a competências internas de entes federados. Assim, o controle de convencionalidade internacional há muito exigiria o cumprimento fiel das normas internacionais, sem aceitar que a repartição constitucional de competência em Estados Federais possa ser usada para legitimar a violação do Direito Internacional.⁶⁹⁹

⁶⁹⁷ Cf. ANPR. *Associação Nacional dos Procuradores da República*, Boletim dos Procuradores da República, n. 14, jun. 1999.

⁶⁹⁸ Cf. Parte 3, capítulo 1, item 1.2 deste trabalho.

⁶⁹⁹ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, p. 286.

Nesta linha de raciocínio, a responsabilidade pelas violações de direitos humanos é sempre da União, que dispõe de personalidade jurídica na ordem internacional, e, nesse sentido, os princípios federativo e da separação de Poderes não podem ser invocados para afastar a responsabilidade da União em relação à violação de obrigações contraídas no âmbito internacional.⁷⁰⁰

No Brasil, na maioria dos casos, antes da Reforma do Judiciário, a União não tinha competência para apurar, processar e julgar tais crimes. Como se analisou no item acima, o destacado *Caso Maria da Penha*, assim como outros casos de responsabilização, decorreram da relação direta com atos de Estados-membros de nossa Federação.

Dentro deste contexto, para PIOVESAN, a federalização dos crimes de direitos humanos é medida imperativa diante da crescente internacionalização destes, e que, por consequência, aumenta extraordinariamente a responsabilidade da União nesta matéria, rompendo com o paradoxo presente no fato desta última centrar a responsabilidade internacional, estando antes esvaziada desta competência no âmbito interno.⁷⁰¹

CARVALHO RAMOS cita ainda os acordos perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos aceitos pelo Brasil, como no *Caso José Pereira*, sendo que, tal acordo gerou a edição da Lei 10.706/2003,⁷⁰² que assegurou o pagamento de R\$ 52.000,00 de indenização ao trabalhador José Pereira, pela redução à condição análoga à de escravo, evidenciando a responsabilidade da União, pelos compromissos assumidos internacionalmente.⁷⁰³

As razões desta possibilidade, enfatizam os argumentos deste posicionamento doutrinário, pois, o Estado Federal é uno para o Direito Internacional e passível de responsabilização, mesmo quando o fato internacionalmente ilícito seja da atribuição interna de um Estado-membro da Federação. Por esta razão é que a Federação responde pela conduta de seus entes internos, já que esse entendimento é parte integrante do Direito dos Tratados e

⁷⁰⁰ PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos e o direito Constitucional Internacional*, op. cit., p. 395.

⁷⁰¹ PIOVESAN, Flávia. *Reforma do Judiciário e Direitos Humanos*. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. (Org.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005, p. 80.

⁷⁰² Cf. BRASIL. Lei nº 10.706, de 30 de julho de 2003. *Autoriza a União a conceder indenização a José Pereira Ferreira*.

⁷⁰³ “Já perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, cabe mencionar o *Caso Damião Ximenes Lopes* no qual o Brasil foi condenado por conduta do Poder Judiciário do Cerará. No mesmo diapasão, as decisões cautelares (medidas provisórias) adotadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos nos *Casos Penitenciária Urso Branco, Penitenciária Araraquara* e do *Complexo Tatuapé da FEBEM* têm relação direta com atos de Estados-membros de nossa Federação”. Cf. RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, p. 287.

do Direito Internacional costumeiro. “A ausência de ‘competência federal’ é matéria de Direito interno e não de Direito internacional”.⁷⁰⁴

NUCCI, ao tratar do *conceito de competência*, recorda que é fundamental o estudo, neste contexto, do princípio constitucional do juiz natural e imparcial, bem como da regra que veda o tribunal ou juízo de exceção, pois tantos cuidados são estabelecidos em leis em geral para a eleição do magistrado apto a julgar determinado caso justamente para preservar a independência do Poder Judiciário, afastando-se a indevida pressão de outros Poderes e instituições, bem como para evitar que particulares escolham os juízes que desejam, fomentando corrupção e discriminação entre jurisdicionados.⁷⁰⁵

Entretanto, ao tratar da inovação referente as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º do art. 109 da Constituição, apenas adverte para alguns cuidados a serem tomados nesta atribuição de competência decorrente da matéria. Em suas palavras:

A nova hipótese, estabelecida pela Emenda Constitucional 45/2004 (Reforma do Judiciário), deve ser analisada com cuidado e critério, afinal, qualquer homicídio realizado no Brasil é uma questão a envolver direito humano fundamental, pois houve lesão ao bem jurídico *vida*, protegido pelo art. 5º, *caput*, da Constituição. E outros delitos ingressariam no mesmo perfil. Portanto, o deslocamento de um crime para a Justiça Federal somente pode dar-se quando realmente houver *grave* violação de direitos humanos, de caráter coletivo, como, por exemplo, um massacre produzido por policiais contra vários indivíduos, causando repercussão internacional. Tal medida teria a finalidade de assegurar o desligamento do caso das questões locais, mais próprias da Justiça Estadual, levando-o para a esfera federal, buscando, inclusive, elevar a questão à órbita de interesse nacional e não somente regional.⁷⁰⁶

Para Vladimir ARAS, só caberá o deslocamento quando, por similitude com a ação penal privada subsidiária, uma determinada *noticia criminis* for “engavetada” e quando se revelar a inoperância, deliberada ou não, dos órgãos estaduais de persecução criminal e de prestação jurisdicional, sendo que, tal federalização ocorrerá sempre em função do interesse público na punição dos crimes contra os direitos humanos.⁷⁰⁷

⁷⁰⁴ Ibidem., p. 286. Para FACHIN a federalização das graves violações aos direitos humanos é decorrência direta da supremacia da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos materialmente fundamentais, prevendo sua maior proteção e efetivação. Cf. FACHIN, Luiz Edson. A tutela efetiva dos direitos humanos fundamentais e a reforma do Judiciário. In: RENAULT, Sérgio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo (Org.). Reforma do Judiciário. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 238.

⁷⁰⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*, 11ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 202.

⁷⁰⁶ Ibidem., p. 221.

⁷⁰⁷ ARAS, Vladimir. *Direitos Humanos: federalização de crimes só é válida em último caso*.

Nesta mesma linha de observações, PIOVESAN afirma que, com a federalização, foi aperfeiçoada a sistemática de responsabilidade nacional e internacional em face das graves violações dos direitos humanos, o que permitirá aprimorar o grau de respostas institucionais nas diversas instâncias federativas, sendo que, para os Estados cujas instituições responderem de forma eficaz às violações, a federalização não terá incidência maior, mas tão somente encorajará a importância da eficácia dessas respostas, entretanto, para os Estados cujas instituições se mostrarem falhas, ineficazes ou omissas, estará configurada a hipótese de deslocamento de competência para a esfera federal; com isso, a responsabilidade primária no tocante aos direitos humanos é dos Estados, enquanto a responsabilidade subsidiária passa a ser da União.⁷⁰⁸

A este respeito, importante mencionar o primeiro Incidente de Deslocamento de Competência apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça no ano de 2005, o IDC n. 01 referente ao homicídio da Missionária Dorothy Stang. Apesar de ter sido julgado improcedente, ao conhecer do pedido, o Superior Tribunal de Justiça não só reconhece a constitucionalidade do Incidente, como faz diversos apontamentos importantes, tais como valer-se expressamente de dispositivos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, rechaçando alegação de inépcia. A necessidade de se analisar cada situação fática para o reconhecimento, ou não do Incidente, não havendo por assim paralisar o instituto sob a alegação de se tratar de norma constitucional de eficácia limitada, uma vez que o constituinte reformador teria optado, intencionalmente, por não definir um rol⁷⁰⁹ dos crimes que

⁷⁰⁸ PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos e o direito Constitucional Internacional*, op. cit., p. 397.

⁷⁰⁹ No supra citado relatório da Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), a Associação chega a propor uma nova redação ao dispositivo constitucional, bem como defini previamente o que seriam hipóteses de grave violação de direitos humanos, elencando delitos, tais como, tortura, homicídio doloso praticado por agente de quaisquer dos entes federados no exercício de suas funções ou por grupo de extermínio, crimes praticados contra as comunidades indígenas ou seus integrantes, homicídio doloso, quando motivado por preconceito de origem, raça, sexo, opção sexual, cor, religião, opinião política, idade, ou quaisquer outras formas de discriminação, ou quando decorrente de conflitos fundiários de natureza coletiva; uso, intermediação e exploração de trabalho escravo ou de crianças e adolescentes, em quaisquer das formas previstas em tratados internacionais. Cf. ANPR. *Associação Nacional dos Procuradores da República*, Boletim dos Procuradores da República, n. 14, jun. 1999.

Atualmente, há o pensamento de que a regulamentação do Incidente poderia fomentar o seu uso e tutelar melhor, assim, os crimes contra direitos humanos. De observar-se a seguinte notícia: “O Superior Tribunal de Justiça (STJ) avaliará proposta de regulamentação, em seu Regimento Interno, de procedimentos para a apresentação de Incidente de Deslocamento de Competência (IDC). O pedido foi feito pela Comissão de Direitos Humanos e Minorias (CDHM) da Câmara dos Deputados e tem o objetivo de qualificar o combate à impunidade por meio da federalização de casos que envolvam graves violações a direitos humanos. A sugestão foi apresentada pelo presidente da CDHM, deputado federal Paulão (PT-AL), à presidente do STJ, ministra Laurita Vaz, e ao vice, ministro Humberto Martins, nesta terça-feira (16). Previsto pela Emenda à Constituição 45, de 2004, o IDC possibilita a transferência da análise de casos de repercussão internacional da Justiça estadual para a Federal. De acordo com o texto da norma constitucional, o incidente tem como finalidade assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte. *Resistência*: Para a CDHM, no entanto, o instrumento tem sido pouco utilizado e ainda

passariam a competência federal, o que é próprio dos textos constitucionais. A afirmação de que aparente incompatibilidade do IDC com qualquer outro princípio constitucional [juiz natural, por exemplo], deve ser resolvido aplicando-se os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Além do mais, e talvez como principal razão, as autoridades estaduais encontravam-se empenhadas na apuração dos fatos do caso em tela:

Ementa

CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO DOLOSO QUALIFICADO. (VÍTIMA IRMÃ DOROTHY STANG). CRIME PRATICADO COM GRAVE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS. INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA? IDC. INÉPCIA DA PEÇA INAUGURAL. NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA CONTIDA. PRELIMINARES REJEITADAS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL E À AUTONOMIA DA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. RISCO DE DESCUMPRIMENTO DE TRATADO INTERNACIONAL FIRMADO PELO BRASIL SOBRE A MATÉRIA NÃO CONFIGURADO NA HIPÓTESE. INDEFERIMENTO DO PEDIDO.

1. Todo homicídio doloso, independentemente da condição pessoal da vítima e/ou da repercussão do fato no cenário nacional ou internacional, representa grave violação ao maior e mais importante de todos os direitos do ser humano, que é o direito à vida, previsto no art. 4º, nº 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário por força do Decreto nº 678, de 6/11/1992, razão por que não há falar em inépcia da peça inaugural.

2. Dada a amplitude e a magnitude da expressão “direitos humanos”, é verossímil que o constituinte derivado tenha optado por não definir o rol dos crimes que passariam para a competência da Justiça Federal, sob pena de restringir os casos de incidência do dispositivo (CF, art. 109, § 5º), afastando-o de sua finalidade precípua, que é assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil sobre a matéria, examinando-se cada situação de fato, suas circunstâncias e peculiaridades detidamente, motivo pelo qual não há falar em norma de eficácia limitada. Ademais, não é próprio de texto constitucional tais definições.

3. Aparente incompatibilidade do IDC, criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, com qualquer outro princípio constitucional ou com a sistemática processual em vigor deve ser resolvida aplicando-se os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

4. Na espécie, as autoridades estaduais encontram-se empenhadas na apuração dos fatos que resultaram na morte da missionária norte-americana Dorothy Stang, com o objetivo de punir os responsáveis, refletindo a intenção de o Estado do Pará dar resposta eficiente à violação do maior e

encontra resistência no meio jurídico. “Mesmo diante de inúmeros casos de violações dos direitos humanos, há poucas ocorrências da suscitação de deslocamentos de competência”, afirmou o deputado Paulão. A comissão defende ainda que a regulamentação do IDC pelo STJ incentivará a apresentação de pedidos de deslocamento de competência pela Procuradoria-Geral da República. A presidente Laurita Vaz anunciou que encaminhará a proposta para a análise da Comissão de Regimento Interno do STJ. [...]” Cf. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Notícias/Institucional, de 16 de maio de 2017: *STJ analisará proposta de regulamentação para deslocamentos de competência*.

mais importante dos direitos humanos, o que afasta a necessidade de deslocamento da competência originária para a Justiça Federal, de forma subsidiária, sob pena, inclusive, de dificultar o andamento do processo criminal e atrasar o seu desfecho, utilizando-se o instrumento criado pela aludida norma em desfavor de seu fim, que é combater a impunidade dos crimes praticados com grave violação de direitos humanos.

5. O deslocamento de competência, em que a existência de crime praticado com grave violação aos direitos humanos é pressuposto de admissibilidade do pedido, deve atender ao princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), compreendido na demonstração concreta de risco de descumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil, resultante da inércia, negligência, falta de vontade política ou de condições reais do Estado-membro, por suas instituições, em proceder à devida persecução penal. No caso, não há a cumulatividade de tais requisitos, a justificar que se acolha o incidente.

6. Pedido indeferido, sem prejuízo do disposto no art. 1º, inc. III, da Lei nº 10.446, de 8/5/2002.⁷¹⁰ [grifo nosso]

A doutrina destaca ainda, que a federalização das violações de direitos humanos, introduzida pela Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, já era prevista como meta do Programa Nacional de Direitos Humanos, desde 1996.⁷¹¹

Registre-se, contudo, que a novidade constitucional não é isenta de críticas. Para BADARÓ trata-se de um incidente que, se acolhido, acarretará a mudança da competência de um processo que já estava tramitando perante uma das varas da Justiça Estadual e passará a ser de competência da Justiça Federal, observando-se que se trata de prorrogação de competência constitucional fixada em *ratione materiae*, que tem natureza absoluta. O incidente de deslocamento da competência, na forma em que foi disciplinado, viola a garantia constitucional do juiz natural, sendo, pois, inconstitucional, segundo Badaró, uma vez que o incidente depende da iniciativa totalmente discricionária do Procurador-Geral da República, e os critérios constitucionais a serem considerados pelo Superior Tribunal de Justiça, para a análise do incidente, são absolutamente vagos, indeterminados e abertos, não gerando a segurança jurídica exigida das regras de competência, que devem permitir de forma clara e objetiva que, no momento do cometimento de um delito, já se tenha definido, por critérios prévios, quem será a autoridade judiciária competente para julgá-lo. Ressalta, por fim, ser perfeitamente possível o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma

⁷¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Incidente de Deslocamento de Competência n. 1/PA*. Relator Ministro Arnaldo Esteves. Brasília, j. 08/06/2005. Publicado em 10/10/2005.

⁷¹¹ PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos e o direito Constitucional Internacional*, op. cit., p. 396.

emenda constitucional, na medida em que viole cláusula pétrea da Constituição, como no presente caso.⁷¹²

Para ANNA CANDIDA, este “fenômeno” ou “instituto”, ao implicar a transferência de competência do juiz estadual para o juiz federal comum, excepciona a regra geral constante na Constituição e classifica a mudança como “um fenômeno inusitado em nosso federalismo”.⁷¹³

A autora vê, no novo instituto da federalização dos direitos humanos, um verdadeiro conflito de competência. Recorda que o Brasil é um Estado Federal (art. 1º) em que o federalismo é dotado da prerrogativa de intangibilidade (art. 60, § 4º, I), e que a distribuição de competências federativas, inclusive as relacionados para o exercício do Poder Judiciário, estão necessariamente estampadas na Constituição de 1988, sendo o Judiciário, diferente em sua organização dos demais poderes, é considerado um poder nacional, especialmente porque, cuidando da aplicação do Direito, esta há de ser uniforme em todo o País, acolhendo assim, a Constituição brasileira, a unidade da jurisdição nacional, devendo-se considerar que, entre as cláusulas intocáveis da Constituição (art. 60, I) se estabelece não poder a federação ser objeto de deliberação ou proposta de emenda tendente a aboli-la.⁷¹⁴

Por outro lado, CARVALHO RAMOS afirma que o federalismo brasileiro não é imutável, sendo que ofende as cláusulas pétreas de nossa Constituição a emenda que *tenda a abolir* o pacto federativo, mas não emenda que apenas torne *coerente* o seu desenho, pois seria incoerente permitir a continuidade da situação anterior, qual seja, a Constituição de 1988 reconhecer a existência de órgãos judiciais internacionais de direitos humanos [*vide* o artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias], mas tornar a missão quase que impossível na defesa brasileira e na implementação das decisões desses processos internacionais.⁷¹⁵

Refletindo ainda no pensamento crítico de ANNA CANDIDA, na mesma ordem de raciocínio, afirma que esse deslocamento de competência para julgamento de casos específicos revela uma inequívoca intervenção da União nos Estados, mas atuada de modo

⁷¹² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier: 2014, p. 181.

⁷¹³ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Conflitos e Tensões na Jurisdição Constitucional decorrentes da Internacionalização dos Direitos Humanos*, op. cit., p. 127.

⁷¹⁴ *Ibid.*, p. 127-128.

⁷¹⁵ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, op. cit., p. 290. André Ramos alude para caso em que o Brasil nem apresenta defesa perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, pela dificuldade da União Federal em obter informações dos entes federados, sendo que, no desenho anterior, não havia uma possibilidade de prevenção, de modo a se evitar uma responsabilização internacional do Brasil, uma vez que os atos danosos eram dos entes federados. Com isso, vê na EC n. 45/2004 um aperfeiçoamento do federalismo brasileiro, adaptando às exigências da proteção internacional de direitos humanos, proteção essa desejada pela CF/88. *Ibid.*

distinto e com fundamentos não estabelecidos nos artigos 34 a 36, que cuidam da intervenção federal. Em suas palavras:

A intervenção federal, como se sabe, é medida extraordinária porque invade ou suprime, sob alguns aspectos, a independência e autonomia dos Estados autônomos para assegurar a permanência do Estado Federal desenhado pela Constituição. Por isso é medida prevista necessariamente pela Constituição, em cláusulas taxativas.

Entre as cláusulas indicadas, e para o que é relevante ao exame do tema, a observância dos direitos da pessoa humana constitui um dos princípios que permitem a intervenção federal.

[...]

Ora, percebe-se, ante a compreensão das cláusulas (do art. 109, § 5º), que levam à intervenção federal, que o incidente do deslocamento de competência, na verdade, não se justifica, nem quanto à forma, nem quanto ao conteúdo. Isto, principalmente, porque em casos de grave violação dos direitos da pessoa humana pelos Estados, o remédio adequado já está previsto no texto constitucional e pode ensejar a intervenção federal.⁷¹⁶

De outro lado, há na doutrina quem observe o oposto, assinalando a importância do Incidente de Deslocamento de Competência, ao lado da intervenção federal, mas como uma medida que atenta muito mais para o princípio da proporcionalidade, uma vez que a federalização dos crimes de grave violação aos direitos humanos, é medida visivelmente menos traumática do que a intervenção federal nos Estados, porquanto prevê apenas o deslocamento de determinado processo, que não esteja sendo devidamente solucionado pelas autoridades estatais, para algum dos órgãos da Justiça Federal, não havendo a nomeação de interventor, nem a perda temporária, total ou parcial, das autonomias dos entes federativos.⁷¹⁷

No que tange à defesa dos princípios do devido processo legal e, do juiz natural, acima apontados, CARVALHO RAMOS defende a inexistência de ofensas aos mesmos, quando da ocorrência do deslocamento de competência, uma vez que o próprio texto constitucional original convive com tal instituto, ao prever o deslocamento de competência na ocorrência de vício de parcialidade da magistratura, sendo o caso, permitido pelo artigo 102, I, da CF/88 ao permitir o deslocamento ao Supremo Tribunal Federal no qual juízes de determinado tribunal local sejam alegadamente suspeitos, e, no mesmo sentido, no caso de descumprimento de obrigações internacionais de direitos humanos pelos juízes estaduais,

⁷¹⁶ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Conflitos e Tensões na Jurisdição Constitucional decorrentes da Internacionalização dos Direitos Humanos*, op. cit., p. 129.

⁷¹⁷ Cf. CASTRO, Marcela Baudel de. *A constitucionalidade do incidente de deslocamento de competência (IDC)*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3638, 17 jun. 2013.

pode o Superior Tribunal de Justiça julgar procedente o Incidente de Deslocamento de Competência para deslocar o feito para a Justiça Federal.⁷¹⁸

Certo é, que estas discussões não se limitaram ao aspecto doutrinário e a temática encontra-se para análise de constitucionalidade por meio de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: ADI 3.493 e a ADI 3.486, promovidas por entidades de classe de magistrados, ainda em curso na data da revisão final desta dissertação.

Nos termos do que se observou acima, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) propôs ação direta de inconstitucionalidade em face do art. 1º da Emenda Constitucional n. 45, de dezembro de 2004, que incluiu o inciso V-A e o § 5º ao artigo 109 da Constituição Federal vigente, instituindo o incidente de deslocamento de competência ora tratado. Nos fundamentos do pedido, após discorrer sobre eventuais contornos imprecisos do instituto, a autora da ADI afirma que a Emenda Constitucional n. 45, viola uma série de garantias constitucionais do processo penal, estabelecidas como cláusulas pétreas, dentre as quais as previstas no art. 5º, incisos XXXVII, XXXVIII, XXXIX e LIV, da Constituição Federal. A ADI n. 3486/DF foi distribuída em 05 de maio de 2005 ao ministro Cezar Peluso, e em 27 de maio de 2005 redistribuída ao ministro Sepúlveda Pertence. O relator já foi substituído pelo ministro Menezes Direito e após pelo ministro Dias Toffoli, nos termos do art. 38 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.⁷¹⁹

Em relação a ADI n. 3493/DF proposta pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (ANAMAGES) ajuizada em 11 de maio de 2005, contesta os mesmos dispositivos enfrentados pela AMB, mas traz outros fundamentos.

Para a ANAMAGES, o Incidente de Deslocamento de Competência também viola o pacto federativo, igualmente erigido a cláusula pétrea, por se tratar, em verdade, de uma “intervenção federal branca”, gerando uma "discriminação odiosa", pois, parece desconfiar da capacidade e eficiência de instituições dos Estados-membros.⁷²⁰

Enquanto isso, a doutrina e a jurisprudência vão tentando delinear com mais clareza as possibilidades de ocorrência para o Incidente de Deslocamento de Competência, caso o Supremo Tribunal Federal não conteste, enfim, sua constitucionalidade.

⁷¹⁸ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, op. cit., p. 290.

⁷¹⁹ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3486/DF*. Rel. Min. Dias Toffoli.

⁷²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Associação Nacional dos Magistrados Estaduais. Petição inicial na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3493/DF.

Na doutrina, PIOVENSAN aponta que, para os Estados cujas instituições se mostrarem falhas ou omissas, restaria configurada a hipótese de deslocamento de competência para a esfera federal, assegurando maior proteção à vítima, estimulando melhor funcionamento das instituições locais em casos futuros, gerando uma expectativa de efetiva resposta das instituições federais, e, se por fim, ambas as esferas, estadual e federal, se mostrarem falhas ou omissas, seria acionável a esfera internacional, tendo sido resguardado, contudo, a possibilidade de à União responder ao conflito, esgotando-se a responsabilidade primária do Estado, o que bem equacionaria a posição da União no contexto de responsabilidade internacional em matéria de direitos humanos.⁷²¹

Na jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça, em decisão inédita, acolheu o Incidente de Deslocamento de Competência (IDC n. 2), em 27 de outubro de 2010, determinando o imediato deslocamento das investigações e do processamento da ação penal do caso Manoel Mattos ao âmbito federal, por considerar atendidos os pressupostos do art. 109, § 5º da Constituição Federal, sustentado:

INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇAS ESTADUAIS DOS ESTADOS DA PARAÍBA E DE PERNAMBUCO. HOMICÍDIO DE VEREADOR, NOTÓRIO DEFENSOR DOS DIREITOS HUMANOS, AUTOR DE DIVERSAS DENÚNCIAS CONTRA A ATUAÇÃO DE GRUPOS DE EXTERMÍNIO NA FRONTEIRA DOS DOIS ESTADOS.

AMEAÇAS, ATENTADOS E ASSASSINATOS CONTRA TESTEMUNHAS E DENUNCIANTES.

ATENDIDOS OS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS PARA A EXCEPCIONAL MEDIDA.

1. A teor do § 5.º do art. 109 da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, o incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal fundamenta-se, essencialmente, em três pressupostos: a existência de grave violação a direitos humanos; o risco de responsabilização internacional decorrente do descumprimento de obrigações jurídicas assumidas em tratados internacionais; e a incapacidade das instâncias e autoridades locais em oferecer respostas efetivas.

2. Fatos que motivaram o pedido de deslocamento deduzido pelo Procurador-Geral da República: o advogado e vereador pernambucano MANOEL BEZERRA DE MATTOS NETO foi assassinado em 24/01/2009, no Município de Pitimbu/PB, depois de sofrer diversas ameaças e vários atentados, em decorrência, ao que tudo leva a crer, de sua persistente e conhecida atuação contra grupos de extermínio que agem impunes há mais de uma década na divisa dos Estados da Paraíba e de Pernambuco, entre os Municípios de Pedras de Fogo e Itambé.

⁷²¹ Cf. Flávia Piovesan, *Reforma do Judiciário e Direitos Humanos*. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. (Org.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005, p. 67.

3. A existência de grave violação a direitos humanos, primeiro pressuposto, está sobejamente demonstrado: esse tipo de assassinato, pelas circunstâncias e motivação até aqui reveladas, sem dúvida, expõe uma lesão que extrapola os limites de um crime de homicídio ordinário, na medida em que fere, além do precioso bem da vida, a própria base do Estado, que é desafiado por grupos de criminosos que chamam para si as prerrogativas exclusivas dos órgãos e entes públicos, abalando sobremaneira a ordem social.

4. O risco de responsabilização internacional pelo descumprimento de obrigações derivadas de tratados internacionais aos quais o Brasil anuiu (dentre eles, vale destacar, a Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecido como "Pacto de San Jose da Costa Rica") é bastante considerável, mormente pelo fato de já ter havido pronunciamentos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com expressa recomendação ao Brasil para adoção de medidas cautelares de proteção a pessoas ameaçadas pelo tão propalado grupo de extermínio atuante na divisa dos Estados da Paraíba e Pernambuco, as quais, no entanto, ou deixaram de ser cumpridas ou não foram efetivas. Além do homicídio de MANOEL MATTOS, outras três testemunhas da CPI da Câmara dos Deputados foram mortas, dentre eles LUIZ TOMÉ DA SILVA FILHO, ex-pistoleiro, que decidiu denunciar e testemunhar contra os outros delinquentes. Também FLÁVIO MANOEL DA SILVA, testemunha da CPI da Pistolagem e do Narcotráfico da Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba, foi assassinado a tiros em Pedra de Fogo, Paraíba, quatro dias após ter prestado depoimento à Relatora Especial da ONU sobre Execuções Sumárias, Arbitrárias ou Extrajudiciais. E, mais recentemente, uma das testemunhas do caso Manoel Mattos, o Maximiano Rodrigues Alves, sofreu um atentado a bala no município de Itambé, Pernambuco, e escapou por pouco. Há conhecidas ameaças de morte contra Promotores e Juízes do Estado da Paraíba, que exercem suas funções no local do crime, bem assim contra a família da vítima Manoel Mattos e contra dois Deputados Federais.

5. É notória a incapacidade das instâncias e autoridades locais em oferecer respostas efetivas, reconhecida a limitação e precariedade dos meios por elas próprias. Há quase um pronunciamento uníssono em favor do deslocamento da competência para a Justiça Federal, dentre eles, com especial relevo: o Ministro da Justiça; o Governador do Estado da Paraíba; o Governador de Pernambuco; a Secretaria Executiva de Justiça de Direitos Humanos; a Ordem dos Advogados do Brasil; a Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado da Paraíba.

6. As circunstâncias apontam para a necessidade de ações estatais firmes e eficientes, as quais, por muito tempo, as autoridades locais não foram capazes de adotar, até porque a zona limítrofe potencializa as dificuldades de coordenação entre os órgãos dos dois Estados. Mostra-se, portanto, oportuno e conveniente a imediata entrega das investigações e do processamento da ação penal em tela aos órgãos federais.

7. Pedido ministerial parcialmente acolhido para deferir o deslocamento de competência para a Justiça Federal no Estado da Paraíba da ação penal n.º 022.2009.000.127-8, a ser distribuída para

o Juízo Federal Criminal com jurisdição no local do fato principal; bem como da investigação de fatos diretamente relacionados ao crime em tela. Outras medidas determinadas, nos termos do voto da Relatora.⁷²²

⁷²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Incidente de Deslocamento de Competência (IDC 2 / DF) n.º 2009/0121262-6, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terciera Seção, j. 27-10-2010, *DJe*, 22.11.2010.

Como se vê, são diversas as consequências da abertura da ordem interna ao direito internacional, de onde se dividem tônicos argumentos jurídicos na doutrina pátria, sendo que para alguns este é o momento de reanálise do Direito Internacional dos Direitos humanos pelo Supremo Tribunal Federal, tempo de se valorizar a inovação trazida pelo Poder Constituinte Derivado, que reconheceu a fragilidade normativa anteriormente existente, na qual os atos de entes federados eram apreciados pelas instâncias internacionais de direitos humanos sem que a União, em seu papel de representante do Estado Federal, pudesse ter instrumentos para implementar as decisões internacionais ou mesmo para prevenir que o Brasil fosse condenado internacionalmente. Nesta visão, a reforma constitucional não ofenderia o federalismo, mas antes, permitiria o equilíbrio, por meio de um instrumento processual, cuja deliberação está nas mãos de tribunal de superposição, o Superior Tribunal de Justiça, e ainda asseguraria que o Estado Federal possua mecanismos para o correto cumprimento das obrigações internacionais contraídas.⁷²³

Por outro lado, uma série de princípios constitucionais e a base federal do Estado brasileiro, estariam em jogo, conforme se demonstrou.⁷²⁴

Nesta dicotomia de posições, a mente traz ensinamentos dos clássicos, mas nem por isso desatualizados. Por tudo que se disse, termina-se observando KELSEN ao afirmar:

Na medida em que o Direito Internacional se intromete, com a sua regulamentação, em matérias que até aqui apenas eram normadas pela ordem jurídica estatal, a sua tendência para a imediata atribuição de direitos e imposição de deveres aos indivíduos tem necessidade de fortalecer-se. Portanto, na mesma medida, também a responsabilidade individual e a responsabilidade pela culpa têm de vir ocupar o lugar da responsabilidade coletiva e da responsabilidade pelo resultado. Do mesmo passo se desenvolve a formação de órgãos centrais – que atualmente apenas se observa dentro de comunidades jurídico-internacionais particulares – para a criação e execução das normas jurídicas. Esta centralização – tal como sucede na evolução da ordem jurídica estadual – refere-se em primeiro lugar à jurisdição, visa o estabelecimento de uma jurisdição internacional.⁷²⁵

⁷²³ Cf. RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva: 2013. Cf. PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos e o direito Constitucional Internacional*, São Paulo: Saraiva, 2014.

⁷²⁴ Cf. FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Conflitos e Tensões na Jurisdição Constitucional decorrentes da Internacionalização dos Direitos Humanos*. In: *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 8, nº. 28, p. 125-152, Jul./Set., 2014. Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier: 2014. Além das duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade propostas.

⁷²⁵ KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, 8ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 363-364.

Espera-se que do debate da incorporação de tratados internacionais à Constituição brasileira, neste visível momento de abertura internacional, possa frutificar textos e reformas que melhor harmonizem ordem internacional e ordem interna, que a experiência, por certo, permitirá, não só no que tange ao consenso, mas na preservação do documento que representa todo o sentido de qualquer discussão acerca de tais princípios: a Constituição.

CONCLUSÃO

Por tudo o que já se observou no decorrer do trabalho é possível se afirmar os seguintes pontos que decorrem de uma visão geral, observações pontuais e possível caminho.

O Direito Constitucional anterior a atual Constituição de 1988, nas suas relações internacionais, dava tratamento jurídico limitado a questões internacionais como, assegurar valores de independência, soberania, restrição ou proibição de guerra de conquista e, ou, estimulavam a arbitragem.

No aspecto da hierarquia dos tratados, constatou-se que sob a Constituição de 1891, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o primado dos tratados internacionais em face de legislação interna posterior. Onde se destacou, nesse aspecto, o julgamento da Extradicação n.º 7, Rel. Min. Canuto Saraiva, ocorrido em 7.1.1914, em que se anulou julgamento anterior para afastar a aplicação dos requisitos para extradicação da Lei nº 2.416, de 28.6.1911, em proveito do tratado de extradicação entre os governos do Brasil e do Império Alemão, de 17.9.1877.⁷²⁶ Entendimento que, mais tarde, veio a ser modificado (RE 80.004 de 1977).

Ainda sobre a história constitucional brasileira, deve-se destacar que, a Constituição de 1967, emendada em 1969, foi a primeira a estabelecer o termo “inconstitucionalidade dos tratados”, ao atribuir ao Supremo Tribunal Federal a competência de julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida declarasse a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, nos termos do art. 119, III, *b*.

No aspecto transnacional, para se atingir a compreensão da internacionalização do direito se observou que a visão positivista prevaleceu na doutrina até a metade do século XX, entretanto, depois da Segunda Guerra Mundial e, sobretudo, em razão da barbárie totalitária, um questionamento se levantou e está presente e agudo na vida do constitucionalismo, provocando a revivescência da ideia de que o direito não é meramente o comando do Poder, mas para merecer o nome há de ter um conteúdo de justiça, ou, em outras palavras, tem de respeitar os grandes conteúdos morais.

A influência do pensamento de KANT neste ponto tornou-se cada vez mais forte, pois, teria sido o filósofo o primeiro a reconhecer que ao homem não se pode atribuir valor

⁷²⁶ Cf. RODRIGUES, Manoel Coelho. *A Extradicação no Direito Brasileiro e na Legislação Comparada*. Tomo III, Anexo B. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1931. p. 75-78.

– preço –, devendo ser considerado como um fim em si mesmo e em função da sua autonomia enquanto ser racional.

Paralelamente temos a chamada globalização que constitui um processo que vem se desenvolvendo desde o passado remoto da humanidade, mas que se intensifica com a mundialização das relações política, econômicas e sociais, e que, traz consigo questões que se colocam numa dimensão que supera as possibilidades dos Estados tradicionais, pois os problemas atuais não se circunscrevem as limitações de fronteiras destes, que passam, cada vez mais a compartilhar problemas e interesses comuns, disto decorrendo a necessidade de estes se associarem, ganhando melhores condições de enfrentar os novos desafios desta grande *aldeia global*.

Estes dois acontecimentos históricos impulsionaram o fenômeno da proliferação de tratados – e com eles o da conformidade, gerando, desde uma associação de Estados, a uma necessidade de se pensar além-fronteiras, seja para lidarem com situações regionais, outras de intento global.

O ápice desta nova era leva a criação da Organização das Nações Unidas – ONU – ao final da Segunda Guerra, em 1945, com o objetivo de assegurar à paz e estimular o respeito aos direitos fundamentais. Na busca desta proteção a ONU, em 1948, edita a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que apesar de não ser um tratado, é adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas sob forma de resolução e, passa a ter, pelo menos, forte influência de recomendação para os Estados no cenário internacional.

Se reconhece, assim, a expectativa em se controlar o arbítrio dos Estados e principalmente trazer o ser humano para o centro das preocupações Estatais, na visão kantiana apontada.

Passa-se, cada vez mais a se reconhecer direitos humanos – fundamentais – ao nível internacional por meio da elaboração de tratados. Estes geram uma necessidade de adaptação dos textos constitucionais, para incorporarem os documentos internacionais na ordem doméstica, ou uma necessidade de conformidade, obrigando em alguns casos uma adaptação prévia para posterior participação, como se observou o fenômeno “mais desenvolvido” no caso da União Europeia.

Se ocorre esta “ocupação” dos direitos humanos pelo direito internacional que visa igualmente sua garantia, por tudo que já se disse, além do que igualmente já se observou ser a declaração de direitos a maneira que, desde as revoluções setecentistas se encontrou para a princípio resguardá-los, notadamente nos últimos 60 anos, no aspecto internacional a

concordância sobre os temas que se submetem os Estados soberanos a este respeito, ocorre por meio de tratados.

Para tanto, há que se prever como isto ocorrerá na ordem interna pelos próprios Estados. Sendo a *Constituição*, o documento máximo, é a partir dela, e por ela, que esta realização será delineada e se buscará concretização. Daí observar-se as alterações nos textos constitucionais hierarquizando e acomodando tratados, notadamente os que versam direitos humanos, às realidades domésticas.

Na sua interação entre o Direito Internacional e a ordem jurídica interna, os direitos humanos parecem representar a “chave mestra” de abertura das Constituições; o direito comparado demonstra isso, igualmente.

Com isso, passa-se a observar uma constitucionalização do direito internacional, pois começa a ficar evidente a aproximação à noção de força jurídica específica de certas normas frente a outras, e conseqüentemente à noção de conformidade ou desconformidade entre normas de graus diversos numa sorte de escalonamento hierárquico normativo, que são conceitos nascidos no campo do Direito Constitucional e irradiam para o Direito Internacional.

Na via oposta, e de maneira recíproca, as adstrições provenientes da inserção dos Estados na vida jurídico-internacional se projetam sobre as Constituições e influenciam as relações na ordem interna e internacional, gerando o fenômeno da internacionalização do Direito.

Esta relação gera uma espécie de “consciência jurídica universal” e, passa a constituir um título de legitimidade, senão de validade das Constituições que como consequência se traduzem numa possível limitação ao poder constituinte e uma releitura no conceito de soberania, que passa a implicar numa necessidade de compartilhamento desta com outras nações igualmente soberanas, de onde se pode afirmar que limitar-se em prol de alguns ideais de reconhecimento universal, passa a ser característica do Poder, não fragilidade.

Enquanto o cenário internacional caminha neste sentido, o Brasil está resolvendo os seus próprios problemas na ordem interna. Após 20 anos de período ditatorial militar, a luta pela normalização democrática e pela conquista do Estado de Direito Democrático começam assim que instalou-se o golpe de 1964 e especialmente após o AI-5, que foi o instrumento mais autoritário da história política do Brasil. A busca do reequilíbrio da vida nacional, consubstanciar-se numa nova ordem constitucional que refaz o pacto político-social.

Temos como marco desta redemocratização do país a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988. Assim, tanto como na própria Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão quanto hoje, na Constituição brasileira de 1988, se consagra como fundamento da República, no caso doméstico, a dignidade da pessoa humana (art.1º, III), bem como na previsão do art. 4º que estabelece princípios a reger o Brasil em suas relações internacionais, configurando uma verdadeira *mudança de regime*.

Embora a ambiguidade do artigo 4º da Constituição brasileira, sobre seus princípios de relações internacionais, uma vez que o dispositivo constitucional reflete inspirações que podem ser divergentes e influenciar decisões judiciais dispares, pois, por um lado, existe uma orientação nacionalista que se apega às ideias de independência nacional (item I), de não-intervenção (item IV), de igualdade entre os Estados (item V), mas, por outro lado, há uma linha internacionalista que se traduz na ideia de que o Brasil nas suas relações internacionais deverá reger-se pela prevalência dos direitos humanos (item II), da autodeterminação dos povos (item III) e do repúdio ao terrorismo e ao racismo (item VIII).⁷²⁷

Entretanto, o art. 4º da Constituição passa a simbolizar, também, a reinserção do Brasil na arena internacional, pois, dentro do que já se concluiu, até então, as Constituições anteriores à de 1988, ao estabelecer tratamento jurídico às relações internacionais, limitavam-se a assegurar os valores da independência e soberania do País (tema básico da Constituição imperial de 1824) ou se restringiam a proibir a guerra de conquista e a estimular a arbitragem internacional (Constituições republicanas de 1891 e de 1934), ou se atinham a prever a possibilidade de aquisição de território, de acordo com o Direito Internacional Público (Constituições de 1946 e de 1967).⁷²⁸

Parcela da doutrina nacional, ao analisar o art.4º, II da Constituição Brasileira, e seu alcance, observa o princípio da prevalência dos direitos humanos na condução das relações internacionais do Brasil, o que assinalaria, politicamente, a passagem do regime autoritário para o estado democrático de direito, institucionalizado pela Constituição de 1988, que consagra a perspectiva *ex parte populi* dos direitos humanos, como princípio de convivência coletiva, tanto no plano interno quanto no internacional.⁷²⁹

⁷²⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2ª ed., vol.1 – Arts. 1º a 103. São Paulo: Saraiva, 1997, p.21.

⁷²⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito Constitucional Internacional*, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 99-100.

⁷²⁹ LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos*, Barueri: Manole, 2005, p.2.

Além disso, o texto também consagraria ideais de aplauso universal, como a defesa da paz (item VI) ou da solução pacífica dos conflitos (item VII), além da concessão de asilo político.

Ainda sobre as inovações da Constituição de 1988, o § 2º do artigo 5º gera uma possibilidade de se reconhecer direitos fundamentais implícitos, o que poderia gerar a interpretação de estes direitos ao serem reconhecidos no plano internacional por meio de tratados, representarem direitos materialmente constitucionais, o que não se concretizou.

No entanto, a falta de clareza da própria Constituição quanto a hierarquia dos tratados internacionais na ordem interna traria consequências.

Conforme os ensinamentos da doutrina e do direito comparado quatro seriam as possibilidades pela não atribuição expressa na Constituição, de um valor específico às normas de direito internacional geral, a saber: (1) *valor constitucional*: as normas de direito internacional geral fariam parte integrante do direito constitucional e a sua violação desencadearia o fenômeno da inconstitucionalidade; (2) *valor infraconstitucional mas supralegislativo*: as normas de direito internacional geral não podem valer contra a Constituição, mas têm primazia hierárquica sobre o direito interno anterior e posterior, devendo os tribunais ou quaisquer outros órgãos aplicadores do direito recusar-se a aplicar o direito interno contrário ao direito internacional geral; (3) *valor equivalente ao das leis*: podendo revogar atos legislativos anteriores a ser revogados por leis posteriores; (4) *valor supraconstitucional*: em que as normas de direito internacional têm primazia sobre as normas constitucionais.⁷³⁰

Evoluindo no tempo da história jurisprudencial brasileira, mantém o Supremo Tribunal Federal o entendimento firmado por meio do Recurso Extraordinário 80.004, no qual se entendeu que os tratados internacionais, sejam eles de direitos humanos ou não, têm hierarquia de lei ordinária, podendo ser revogado por lei infraconstitucional posterior, valendo a máxima *lex posterior derogat priori*, numa postura dualista.

Em que pese o posicionamento da Suprema Corte brasileira de atribuir ao mesmo apenas a força de legislação ordinária, houve forte posicionamento contrário de entender que a norma de tratado, embora não possa mudar a Constituição, esteja imune à modificação por lei ordinária posterior. Em termos práticos, ficaria a norma oriunda de tratado num patamar intermediário entre a norma constitucional e a norma ordinária. O que se concretizou posteriormente, ao menos no que tange aos tratados internacionais sobre direitos humanos.

⁷³⁰ Miguel Galvão Teles, *Eficiência dos tratados na Ordem Interna Portuguesa (condições, termo, limites)*, Lisboa, 1976, p.42 e ss.

Neste meio tempo, houve no país corrente doutrinação que postulava serem os direitos fundamentais previstos em tratados sobre direitos humanos, equivalentes a normas constitucionais e cláusulas pétreas, notadamente por força do § 2º do art. 5. A tese não obteve a adesão da Suprema Corte que por diversas vezes afirmou a hierarquia de lei ordinária a tratados como o Pacto de São José da Costa Rica.

Com o provável intuito de pôr fim às controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais existentes até então no Brasil, e findar às discussões relativas à hierarquia dos tratados internacionais de direito humanos no ordenamento jurídico pátrio, no ano de 2004, acrescentou-se um parágrafo subsequente ao § 2º do art. 5º da Constituição, por meio da Emenda Constitucional nº. 45, de 8 de dezembro, que apesar de conhecida como a “Reforma do Judiciário”, dentre outras novidades, acrescentou o § 3º ao art. 5º com a possibilidade de que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

É evidente que a inserção do § 3º ao artigo 5º, significou um novo momento na internalização dos documentos internacionais no Brasil, mas o constituinte derivado não foi feliz na opção que fez, pois, a opção teria sido boa, mas incompleta, dando causa a várias questões que acabariam por provocar tensões na aplicação do novo tratamento dado aos documentos internacionais de direitos humanos.⁷³¹ Como, por exemplo, manteve em aberto a discussão de qual valor hierárquico teria os tratados sobre direitos humanos já incorporados, mas pelo rito comum de incorporação de um tratado (arts. 49, I e 84, VIII da CF).

Para parcela da doutrina, o novo dispositivo, em princípio, veio complementar o já referido § 2º do mesmo artigo, que, como já se observou inclusive, consagrou expressamente a abertura material dos direitos fundamentais no sistema constitucional nacional, agasalhando norma geral inclusiva.⁷³²

Para outra parte, a Emenda Constitucional n. 45/2004 ao acrescentar um § 3º ao art. 5º da Constituição, prevendo que tratado sobre direitos humanos possa ser aprovado pela maioria necessária à aprovação de emenda constitucional, significa que os tratados assim

⁷³¹ Anna Candida da Cunha Ferraz. *Conflitos e Tensões na Jurisdição Constitucional decorrentes da Internacionalização dos Direitos Humanos*. Direitos Fundamentais & Justiça, v. 28, p. 125-152, 2014, p 140.

⁷³² Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Tratados Internacionais em matéria de direitos humanos: revisitando a discussão em torno dos parágrafos 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988*. In: NEVES, Marcelo (coord.) – *Transconstitucionalidade do Direito: Novas Perspectivas dos Conflitos entre Ordens Jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 74-75.

aprovados serão equivalentes às emendas constitucionais e que de tal fato, extraem-se duas lições: uma, a de que o constituinte reconhece que as normas reguladoras de regime, explicitadas em tratados internacionais, não tinham por si, e não têm por si, *status* de norma constitucional, pois se já tivessem não haveria a necessidade da nova previsão; outra, que, se forem no futuro adotadas pelo processo de emenda, tais normas passam a ter esse *status*, o que significa que o regime previsto no tratado se torna constitucionalizado formalmente, e, assim, não poderá ser desobedecido por norma infraconstitucional, nem poderá esta revoga-lo, ou derroga-lo, no futuro.⁷³³

Ainda constatou-se a crítica de que a alteração do texto constitucional brasileiro, sob o pretexto de acabar com as discussões referentes às contendas doutrinárias e jurisprudenciais relativas ao *status* hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, veio causar graves problemas interpretativos relativos à integração, eficácia e aplicabilidade destes tratados no nosso direito interno, sendo que o primeiro deles foi o de ter feito tábula rasa de uma interpretação do § 2º do art. 5º da Constituição, que já encontrava sedimentação por parte da doutrina.⁷³⁴

Após a reforma constitucional apontada, não tardou que novos questionamentos sobre a hierarquia dos documentos internacionais afluíssem novamente no Supremo Tribunal Federal, renovando a discussão sobre o inciso LXVII do art. 5º da Constituição brasileira, que dispõe sobre a impossibilidade de prisão civil salvo no caso de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e na hipótese do depositário infiel.

A questão de fundo questionada na Corte, decorre do fato de a Constituição brasileira, no mencionado art. 5º, LXVII, permitir a prisão civil do depositário infiel. Porém, a lei que disciplina a alienação fiduciária em garantia (Decreto-Lei n. 911/69)⁷³⁵ equiparou a situação do devedor àquela hipótese do depositário, o que leva a aplicação da norma da prisão civil a uma situação que não estaria prevista na hipótese constitucional, além da discussão, uma vez mais, invocava a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), ratificada pelo Brasil em 1992,⁷³⁶ que veda a prisão por

⁷³³ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *O Poder Constituinte*, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 266.

⁷³⁴ Valério Mazzuoli, *O novo §3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia*. Revista de Informação Legislativa: Brasília, a. 42, n. 167, p. 93-114, jul./set. 2005, p. 96.

⁷³⁵ BRASIL. Decreto-Lei n. 911, de 1º de outubro de 1969. A questão hoje da prisão civil para o caso, já se encontra resolvida no Brasil, notadamente após a edição da Súmula Vinculante 25, conforme se anotou oportunamente.

⁷³⁶ BRASIL. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). DECRETO N. 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992.

dívida, salvo em caso de pensão alimentar,⁷³⁷ para sustentar a inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, particularmente no caso do contrato de alienação fiduciária em garantia.

Assim, devido uma vez mais a falta de precisão constitucional, por meio do RE 466.343 o Supremo Tribunal Federal altera seu posicionamento para decidir que os tratados de direitos humanos incorporados, mas não aprovados pelo rito do novo § 3º do art. 5º são normas supralegais, estando abaixo da Constituição, porém acima das leis.

Com forças de argumento díspares, fica para a história constitucional brasileira que no Recurso Extraordinário 466.343, sob o voto condutor e “monográfico” do Ministro Gilmar Mendes em destaque, o Supremo Tribunal Federal inseriu os tratados internacionais sobre direitos humanos, não aprovados pelo novo rito, acima das leis brasileiras, mas abaixo da Constituição, e, desta feita, inseriu o Brasil numa tendência jurídica que se desenha a nível global de maior valorização dos tratados internacionais desta natureza, sendo um tanto quanto ativista, mas engrandecendo, em última análise, o papel da Corte, vez que alteração de tamanha monta, foi feita sem se cogitar emendamento algum.

O complexo posicionamento do Supremo Tribunal reflete nos votos dos Ministros, o sentido de preservar a incolumidade da supremacia da Constituição brasileira perante documentos internacionais não aprovados com equivalência de normais constitucionais, conforme autoriza o §3º do art. 5º. Mas fato é, que da nova postura da Corte, resultou que o inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal, no que se refere ao depositário infiel, não tem e não poderá ter aplicabilidade, salvo se denunciado o documento internacional apontado. A norma constitucional, na realidade, não tem mais eficácia e não poderá surtir efeitos porque, segundo entendimento da Corte Suprema, nenhuma legislação poderá regular, validamente, a norma contida em referido inciso, se contrária aos documentos internacionais em questão. Em outras palavras, a prisão de depositário infiel, especificamente permitida pelo texto constitucional, não poderá ocorrer, pois ela depende da legislação ordinária para regulamentá-la. A consequência, portanto, dessa orientação é que documentos internacionais podem influenciar modificações na Constituição brasileira, mesmo sem expressa autorização constitucional para tanto – ainda que pela via da mutação, se se pode assim dizer.

Tudo que se apontou até aqui traz consigo consequências teóricas e práticas.

⁷³⁷ “Artigo 7. Direito à liberdade pessoal - 7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”. Cf. CIDH. CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS.

Fica com isso, igualmente sem sentido a questão de saber se o Brasil adota uma postura monista ou dualista. Discussão que passa, de certa forma, a perder o sentido prático.

De fato, sob a ótica da necessidade de mecanismos de internalização dos tratados internacionais na ordem jurídica nacional, o sistema brasileiro classifica-se, conforme o Supremo Tribunal Federal, como dualista moderado. Não se chega a exigir a edição de uma lei interna, reproduzindo total ou parcialmente o texto do tratado, o que configuraria uma postura dualista extremada; não obstante, o decreto legislativo – que veicula a aprovação do Congresso Nacional –, acoplado ao decreto presidencial de promulgação, constituiriam fonte normativa interna e autônoma em relação ao tratado. Já sob o prisma da admissibilidade de conflitos entre o direito interno e o internacional, bem como dos critérios para sua solução, é possível afirmar, com a chancela da doutrina pátria, que o sistema jurídico brasileiro é monista moderado. Neste caso, o decreto legislativo e o decreto presidencial de promulgação representariam uma mera “ordem de execução” – com ou sem ressalvas – do próprio tratado, que vigeria no Brasil, efetivamente, como fonte normativa internacional. A veracidade da tese se comprova pelo fato de que a opção por uma ou outra classificação em nada altera os critérios jurídicos para o equacionamento das relações entre o ordenamento jurídico interno e os tratados internacionais. Tudo a corroborar que, no Brasil, ao menos do ponto de vista prático, a dicotomia monismo *versus* dualismo se revela afinal irrelevante.

Outros reflexos seriam a definição de um bloco de constitucionalidade, a possibilidade de um controle de convencionalidade, a questão da responsabilização do Estado e a criação de um incidente de deslocamento de competência, que se relaciona intimamente à questão da responsabilização.

A definição de um bloco de constitucionalidade é irrefutável. O tratado internacional sobre direitos humanos incorporado com força de emenda constitucional funciona como lei constitucional extravagante, ou seja, legislação de nível constitucional, mas não consolidada no corpo da Constituição documental. Ao nível superior próprio às normas constitucionais, há uma consequência relevante, pois, normas que sejam aprovadas com nível constitucional (consolidadas ou não no texto constitucional) tornam-se parâmetro de controle de constitucionalidade.

Assim, além da Constituição documental com seus 250 artigos, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT (hoje com 114 artigos), além das várias Emendas Constitucionais (atingindo hoje o número de 99, mais as seis de Revisão) que contêm artigos autônomos, temos hoje a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, a formarem o bloco de constitucionalidade

brasileiro, passando a ter, além do robusto parâmetro apresentado, a ampliação significativa no controle de constitucionalidade brasileiro, pois, pelo que já se disse, existirão duas leis constitucionais extravagantes ensejadoras de controle de constitucionalidade, por serem parâmetro para tanto.

Outra consequência seria o controle de convencionalidade das leis, que em linhas gerais, estabeleceria a necessidade de se compatibilizar as normas infraconstitucionais, abaixo das Constituição e dos tratados erigidos ao nível supralegal, sendo que, a doutrina favorável a este posicionamento, defende que haveria o controle de convencionalidade provisório, feito pelos Tribunais do País, e o autêntico, que seria aquele feito, em tom de última palavra, pelas Cortes Internacionais a depender de qual tratado o país se vinculou.

Outra consequência da abertura da ordem interna ao Direito Internacional é o incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal, ou, a federalização da jurisdição sobre direitos humanos, introduzida no art. 109, V-A e § 5º, pela mesma Emenda Constitucional n. 45 de 2004.

Ao prever que aos juízes federais compete processar e julgar as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo, que afirma que nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal, parte da doutrina afirma que esta alteração decorre da busca pela aceitação do controle de convencionalidade, e, ao introduzir a chamada “federalização das graves violações de direitos humanos” o ordenamento brasileiro teria dado um passo importante, uma vez que, a origem desta alteração constitucional está na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e dos demais tribunais internacionais, que não admitem que um Estado justifique o descumprimento de determinada obrigação em nome do respeito a competências internas de entes federados.⁷³⁸

De outro lado, registrou-se que a novidade constitucional não é isenta de críticas, que chegam a alegação de inconstitucionalidade, seja no âmbito doutrinário,⁷³⁹ por

⁷³⁸ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012; 3ª ed., 2013, p. 286.

⁷³⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier: 2014, p. 181.

envolverem questões como o federalismo,⁷⁴⁰ como perpetrado por ações de controle abstrato, ainda pendentes de julgamento, como se anotou.

Após a constatação de todo este arcabouço teórico e jurisprudencial que envolveu o trabalho, é possível desenvolver algum pensamento crítico com vistas a alguns apontamentos.

A aparente solução da hierarquia dos tratados internacionais no ordenamento jurídico interno não está totalmente resolvida. Uma vez mais, fica ao sabor jurisprudencial a possibilidade de se adotar esta ou aquela orientação. Assim como no passado, por meio do RE 80.004 se decidiu pela hierarquia ordinária de todos os tratados incorporados à ordem interna, agora, por meio do RE 466.343 se decide pela supralegalidade dos tratados sobre direitos humanos que não estão, ou que não forem, incorporados pelo novo rito previsto pelo § 3º do art. 5º que possibilita a hierarquia de normas constitucionais, criando-se uma verdadeira discrepância no ordenamento jurídico de se atribuir valores diferentes para normas de mesmo conteúdo material.

Além disso, a decisão ocorre num Recurso Extraordinário, ação de controle da via difusa que tem efeito *inter partes* para resolver casos concretos. De uma discussão cujo pano de fundo era a possibilidade ou não de prisão civil do devedor fiduciário, ao invés de o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade do famigerado Decreto-lei regulamentador que indevidamente compara esta modalidade de prisão à do depositário infiel, prevista na Constituição – discussão possível ao se pensar em lei anterior à Constituição, por se tratar da via difusa – decide por hierarquizar os tratados sobre direitos humanos, não incorporado pelo novo rito, acima das leis e abaixo da Constituição, o que geraria um “efeito paralisante” das normas que tentassem regulamentar esta modalidade de prisão, embora prevista na própria Constituição esta possibilidade, que está acima, hierarquicamente do Pacto de São José da Costa Rica, agora alçado ao nível supralegal e que apenas possibilita a prisão do devedor de alimentos.

O que denota a falta da análise de compatibilidade do tratado com a Constituição antes de sua incorporação, e a criticável decisão da Suprema Corte brasileira, embora louvável, pela total ausência desta figura normativa – supralegalidade – no rol formal previsto no art. 59 da Constituição brasileira atual.

A aparente solução, por mais que demonstre uma mudança de paradigma, deve ser realmente vista como “aparente”. Prova disto, é a admissibilidade pelo Supremo Tribunal

⁷⁴⁰ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Conflitos e Tensões na Jurisdição Constitucional decorrentes da Internacionalização dos Direitos Humanos*, op. cit., p. 127.

Federal de novo questionamento sobre a hierarquia dos tratados. Embora o tema envolva aspectos tributários (art. 98 do CTN), traz agora questionamentos quanto a suprallegalidade dos tratados desta ordem (Recurso Extraordinário 460.320-Paraná).

Se é criticável o desenvolvimento pelo Judiciário de alterações que visivelmente deveriam ocorrer a nível Legislativo, mais questionável seria a implementação de instrumentos processuais para sua concretização igualmente pela via jurisprudencial de “criação”: o controle de convencionalidade.

Como já se afirmou, ao se analisar o atual cenário nesta ordem de fatores no Direito Constitucional positivo brasileiro, parece mais correto afirmar sem margem para dúvidas, a possibilidade de controle, via ação direta inclusive, das normas contidas em tratados e convenções internacionais de direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais, *i. e.*, àqueles aprovados na forma prevista pelo § 3º do art. 5º da Constituição.

Uma vez que, a suprallegalidade dos tratados sobre direitos humanos reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 466.343, ocorreu pela via difusa, numa espécie de complementação a, por certo incompleta, Emenda Constitucional n. 45, e, além de existir novo questionamento sobre o mesmo tema perante a Corte, inexistente previsão de uma ação denominada controle de convencionalidade na atual Constituição ou ordenamento, sendo a construção pretoriana neste ponto, além de ainda incerta, questionável, embora de boa índole.

Parece assim, mais coerente na atual sistemática, afirmar-se a possibilidade do controle de legalidade, para estes tratados não aprovados pelo rito especial, e se compreender por controle de convencionalidade, a análise que se faz da interpretação das Cortes Internacionais e tratados em que o país seja parte, de modo a se evitar responsabilidade do Estado, mas sem saber ainda se isto ocorreria por uma ação autônoma, como um incidente processual, ou pela atitude voluntária dos Tribunais para se evitar a responsabilidade do Estado, por falta de uma regulamentação que defina o modo de ser do “instituto” do controle de convencionalidade.

Situação menos questionável, foi a criação do Incidente de Deslocamento de Competência previsto no novo § 5º do art. 109. Em que pesem as questões de inconstitucionalidade pendentes, nos posicionamos, neste ponto, ao lado da doutrina que afirma que o federalismo brasileiro não é imutável, sendo que ofende as cláusulas pétreas de nossa Constituição a emenda que *tenda a abolir* o pacto federativo, mas não emenda que apenas torne *coerente* o seu desenho, pois seria incoerente permitir a continuidade da situação anterior, qual seja, a Constituição de 1988 reconhecer a existência de órgãos

judiciais internacionais de direitos humanos (*vide* o art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), mas tornar a missão quase que impossível na defesa brasileira e na implementação das decisões desses processos internacionais.⁷⁴¹

Além de dar uma chance de manifestação da União, que responde internacionalmente inclusive pelos atos perpetrados nas unidades federativas, de se evitar a responsabilidade internacional, nos termos do art. 27 da Convenção de Viena sobre os Tratados, diversas vezes mencionada no corpo do trabalho.

De outro lado, se não fosse o Incidente de Deslocamento de Competência, outra forma constitucional de fazer valer devidamente lei federal nos Estados da Federação, seria a intervenção federal (art. 34, VII, “b”), no que diz respeito a fazer valer os direitos da pessoa humana. Ocorre que o Incidente representa uma medida que atenta muito mais para o princípio da proporcionalidade, uma vez que a federalização dos crimes de grave violação aos direitos humanos, é medida visivelmente menos traumática do que a intervenção federal nos Estados, porquanto prevê apenas o deslocamento de determinado processo, que não esteja sendo devidamente solucionado pelas autoridades estaduais, para algum dos órgãos da Justiça Federal, não havendo a nomeação de interventor, nem a perda temporária, total ou parcial, das autonomias dos entes federativos.

Assim, dentro deste cenário crítico, algumas sugestões, com base no direito comparado saltam aos olhos. Primeiro, no que diz respeito a questão da hierarquia dos tratados no ordenamento jurídico brasileiro, nova Emenda Constitucional, poderia prever, nos moldes do art. 75 da Constituição Argentina, expressamente a figura normativa da supralegalidade acrescentando-se um inciso ao art. 59 da Constituição brasileira, além de um complemento ao § 3º do art. 5º, afirmando a hierarquia supralegal do Pacto de São José da Costa Rica pelo seu conteúdo material de direito fundamental, o que o poria a salvo de novas discussões, não dependendo da manutenção do posicionamento jurisprudencial da Suprema Corte e não impossibilitando nova votação para lhe atribuir hierarquia constitucional, caso passasse pelo *iter* exigido para tanto. Tal sugestão, reforçaria o § 2º do art. 5º, para estender a possibilidade da supralegalidade a outros eventuais tratados da mesma estirpe.

No que tange à incongruência apontada em relação a própria Constituição brasileira permitir modalidade de prisão civil, mas impossível no tratado internacional apontado, nova reforma constitucional poderia acrescentar previsão que permitisse a incorporação de um

⁷⁴¹ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, op. cit., p. 290.

tratado na ordem interna, apenas após a devida compatibilização com a Carta Magna do país – uma “cláusula de recepção” – e, em sendo esta reforma para compatibilidade impossível, o tratado não deveria ser incorporado na ordem constitucional vigente.

Esta mesma reforma poderia abarcar a questão do controle de convencionalidade. Acerca de tais razões, a fim de, pelo menos se evitar a responsabilidade do Estado por interpretações díspares com o entendimento de Tribunais Internacionais aos quais o Brasil se submeta, poderia haver previsão, nos moldes do que se apontou sobre o Direito português, regulamentar a matéria, o que preservaria maior segurança jurídica, inclusive. O que não poderia ocorrer, sem uma Emenda Constitucional, por certo, vez que, ao se tratar de controle de convencionalidade, consequência da abertura interna, se está a tratar, também, de hierarquia de tratados internacionais, o que poderia constar de um simples acréscimo de norma que previsse a necessidade de lei, a exemplo do § 1º do art. 102 da Constituição Brasileira.

Crê-se que esta estruturação melhor adaptaria à Constituição brasileira a esta realidade contemporânea da internacionalização.

Com isto, restam apenas dois pontos para concluir este trabalho.

O primeiro deles, consiste em responder as questões apontadas na introdução: a Constituição brasileira de 1988 já nasce vocacionada à abertura internacional? A Emenda Constitucional 45 de 2004, procedeu uma reforma suficiente à atual Constituição brasileira, permitindo uma harmonização entre ordem internacional e nacional? A incorporação de tratados internacionais à ordem interna, notadamente os que versam sobre direitos humanos, tendo em vista o que se apontou acerca da internacionalização no pós-Segunda Guerra, está pacificada no direito interno, especialmente no que diz respeito a hierarquia destes documentos?

A primeira pergunta poderia ser respondida positivamente, não fossem os desvios que novas interpretações jurisprudenciais e reformas incompletas acabaram por ocasionar. Aparentemente, todas estas possibilidades são frutos da própria exegese que a Constituição permite, assim, em relação às Constituições brasileiras anteriores percebe-se como a Constituição de 1988 introduz inovações extremamente significativas no plano das relações internacionais, sua abertura e incorporação de tratados, mas por não enfrentar amplamente a temática, acaba por distanciar o discurso doutrinário entre internacionalistas e constitucionalistas que, na maioria das vezes querem a mesma coisa, ao menos no que diz respeito a adequada tutela da preservação dos direitos da pessoa humana.

A segunda pergunta, tem por certo uma resposta negativa, uma vez que a Emenda Constitucional n. 45 de 2004, mais reacendeu a discussão – o que não é apenas negativo, pois parece ter encorajado o Supremo Tribunal Federal a alterar seu posicionamento, como se viu – do que resolveu completamente a questão da harmonização entre ordem internacional e nacional, se é que esta será um dia totalmente resolvida. Entretanto, é digno de louvor o esforço do constituinte reformador de se discutir a questão no ambiente democrático para tanto, o Legislativo, o que ao menos evidencia a força do tema que envolvem os países democráticos ao nível global e o Brasil se insere.

A resposta para a terceira pergunta passa por tudo o que se apontou. Hoje é pacífico o reconhecimento da possibilidade de tratados sobre direitos humanos ingressarem na ordem jurídica brasileira com *status* constitucional, mas ficou mal resolvida a posição dos tratados anteriormente incorporados, restando à jurisprudência a manifestação da posição supralegal, que não encontra amparo expresso na atual Constituição, por total ausência desta espécie normativa.

O último ponto consiste em se reconhecer o papel fundamental da Constituição para a concretização de quaisquer ideais que se perquiram. Assim como no passado, as Constituições liberais descuravam de questões econômicas para futuramente, devido a novas exigências do tempo, se transmudarem de Constituições liberais para Constituições econômicas e Constituições sociais, e, junto delas novos direitos foram sendo implementados, quaisquer alterações que se pretenda a nível internacional regional ou global fica cada vez mais evidente a necessidade de Constituição.

Assim, ainda que a ordem global se revele inevitável, a Constituição deve prevalecer e com ela as adaptações que o efeito do tempo e o desenvolvimento da humanidade necessitarem, enfatizando seu papel concretizador e sua fundamentalidade normativa.

Crescem os desafios, cresce a necessidade de um Estado preparado para as novas situações da vida e este concretiza seus ideais, internos, externos, regionais ou globais, por meio da Constituição!

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*, 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ADOLFO, Theodor. *Dialética negativa – La jerga de la autenticidade*. Trad. Alfredo Brotons Muñoz. Madrid: Akal, 2005, p. 334, *apud*, MENDES, Gilmar Ferreira; GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Direitos humanos e integração regional: algumas considerações sobre o aporte dos tribunais constitucionais*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sextaEncontroConteudoTextual/anexo/Brasil.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2017.

AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra. *O Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal*. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.). *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo, Quartier Latin: 2009.

ANDRADE DE, Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 1987.

ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. União Européia. In: GOMES, Eduardo Biacchi; REIS, Tarcísio Hardman (coords.). *Direito constitucional europeu: rumos da construção*, Curitiba: Juruá, 2005.

AZEVEDO, Philadelpho. *Os tratados e os interesses privados em face do direito brasileiro*; BSBDI (1945), v.1.

BACHOUR, Samir Dib. *Poder constituinte derivado de equivalência às emendas constitucionais: os tratados de direitos humanos após a EC nº 45/04*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. doi:10.11606/D.2.2014.tde-11022015-124424. Acesso em: 15 ago. 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier: 2014

BALEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*, 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1970.

BANDEIRA MELLO, Celso Antônio. *Elementos de direito administrativo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

BARBALHO, João. *Constituição Federal Brasileira*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1908.

_____. *Constituição Federal Brasileira*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1920.

BARBOSA, Ruy. *Commentarios à Constituição Federal Brasileira*. (Colligidos e Ordenados por Homero Pires). Vol. II (arts. 16 a 40) Do Poder Legislativo. São Paulo: Saraiva & Cia, 1933.

_____. *Commentarios à Constituição Federal Brasileira*. (Colligidos e Ordenados por Homero Pires). Vol. III (arts. 41 a 54) Do Poder Executivo. São Paulo: Saraiva & Cia, 1933.

_____. *Trabalhos jurídicos* (Obras Completas de Rui Barbosa, v. 34, t. 3, 1907). Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1991.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, Saraiva, 1988.

BETANHO, Luiz Carlos; ZILI, Marcos. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 8ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos – 7ª reimpressão* (trad. Carlos Nelson Coutinho). Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *Liberalismo e Democracia*, 11ª reimpr., 6ª ed. Editora Brasiliense: São Paulo, 1994.

BODIN, Jean. *Los seis libros de la Republica*. Edición española. Aguilar, 1973 – Edición original: Jean Bodin, *Les six livres de la république*, 1576.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

_____. *Ciência política*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *A Constituição do Império e as nascentes do constitucionalismo brasileiro*. In: BONAVIDES, Paulo. *As constituições brasileiras: notícia, história e análise crítica*. Paulo Bonavides [et al.]; ROCHA, Cléa Carpi [coord.]. Brasília: OAB Editora, 2008.

CAMPOS, Germán Bidard. *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires: Ediar, 1995.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *DIREITO CONSTITUCIONAL e Teoria da Constituição*. 7ª ed. (4ª Reimpressão). Almedina, 2003.

_____. *Direito Constitucional*, 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARNEIRO, Levi. *Pela Nova Constituição*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1936.

CARREAU, Dominique, *Droit International*. 4ª édition. Paris : Pedone, 1994.

CASELLA, Paulo Borba. *Direito Internacional no tempo antigo*, São Paulo: Atlas, 2012.

CASSESE, Antonio, *International Law*, second edition, New York: Oxford University Press: 2005

COMPARATO, Fábio Konder. *A Constituição brasileira de 1946, um interregno agitado entre dois autoritarismos*. In: BONAVIDES, Paulo. *As constituições brasileiras: notícia, história e análise crítica*. Paulo Bonavides [et al.]; ROCHA, Cléa Carpi [coord.]. Brasília: OAB Editora, 2008.

CONSTANT, Benjamin. *Curso de política constitucional*. Tradução Marcial Antonio Lopez. Madrid: Imprenta de la Compañía, 1820, t. 1, Capítulo III.

CRETILLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2ª ed., v. 1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

DAHL, Robert Alan. *On Democracy*, New Haven London: Yale University Press, 1988.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 22ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998.

DALLARI, Pedro. *Constituição e relações exteriores*, São Paulo: Saraiva, 1994.

DAVID ARAUJO, Luiz Alberto. *A Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência da ONU e seus reflexos na ordem interna brasileira*, p. 73. In: DE LUCCA, Newton; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; NEVES, Mariana Barboza Baeta (coord.). *Direito Constitucional Contemporâneo – Homenagem ao Professor Michel Temer*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

DÓRIA, Antônio de Sampaio, *Direito Constitucional*, 3. ed., São Paulo, Ed. Nacional, 1953, t. 2.

DOLINGER, Jacob (org.), *A nova Constituição e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

DURKHEIN. *De la division du travail social*, Paris, 1902, *apud*, DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 22ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

ESTEFAM, André. *Direito Penal*, vol.1, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

FACHIN, Luiz Edson. A tutela efetiva dos direitos humanos fundamentais e a reforma do Judiciário. In: RENAULT, Sérgio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo (Org.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Eletrônico Aurélio*, versão 5.0: Edição eletrônica autorizada à Positivo Informática LTDA, 2004.1 CD-ROM.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 38ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *O Parlamentarismo*. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. *Princípios Fundamentais do Direito Constitucional*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *O Poder Constituinte*, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva: 2009.

_____. *Comentários à Constituição brasileira (Emenda Constitucional nº. 1, de 17-10-1969, atualizada até a Emenda Constitucional nº. 22 de 29-6-82)*, 3ª. ed. rev. e atualizada, São Paulo: Saraiva, 1983.

_____. *Comentários à constituição brasileira: emenda constitucional nº. 1, de 17 de outubro de 1969*, Vol. 1, arts. 1º a 45, São Paulo: Saraiva, 1972.

_____. *Estado de Direito e Constituição*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva: 1999.

_____. *Direitos Humanos Fundamentais*, 14ª ed. São Paulo: Saraiva: 2014.

_____. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2ª ed., vol.1 – Arts. 1º a 103. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Vol.2 – Arts. 44 a 103. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. *Do processo legislativo*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Lições de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2017.

FRANCO, Afonso Arinos de Mello. *Um Estadista da República*. Rio de Janeiro: Nova Aguillar, 1976.

_____. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro, v. II: Formação Constitucional do Brasil*, Rio de Janeiro, Forense, 1960, p. 200-201, *apud*, SILVA, José Afonso da. *A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934*. In: BONAVIDES, Paulo. *As constituições brasileiras: notícia, história e análise crítica*. Paulo Bonavides [et al.]; ROCHA, Cléa Carpi [coord.]. Brasília: OAB Editora, 2008.

HÄBERLE, Peter, *El estado constitucional*, trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *The Divide West* (ed. e trad. Ciaran Cronin), Polity: Malden-MA, 2006.

HENKIN, Louis, *Constitutionalism, democracy and foreign affairs*. New York: Columbia University, 1990.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. *Significado de los derechos fundamentales*, in Benda e outros, *Manual de derecho constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 1996.

_____. *Grundzuge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 12. Ed., Heidelberg-Karlsruhe, 1980, *apud*, José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra: Coimbra Editora, 1982

HIRSCHL, Ran, *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Harvard University Press, 2004.

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos; uma história*, (trad. Rosaura Eichenberg). São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, (trad. Paulo Quintela), São Paulo: Edições 70 LDA, 2007.

KELSEN, Hans, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, 4ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005; 1998.

_____. *Teoria Pura do Direito*, 8ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. ; CAMPAGNOLO, Umberto, *Direito Internacional e Estado Soberano*, (trad. Marcela Varejão). 1ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*, Barueri, SP: Manole, 2005.

LENNON, John. *Imagine*. Intérprete: John Lennon. In: LENNON. *Lennon Legend*. United States: records, 1998. 1 CD. Faixa 1.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional*, Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. Globalização e Soberania. In: SOARES, Guido Fernando Silva; CASELLA, Paulo Borba... [et al.], (organizadores). *Direito internacional, humanismo e globalidade*, São Paulo: Atlas, 2008.

LIMA, José Antonio Farah Lopes de. *Constituição europeia e soberania nacional*, Leme: J. H. Mizuno, 2006.

LOBO, Maria Teresa de Carcomo. *A Constituição Européia: um marco no processo de integração da Europa*. In: GOMES, Eduardo Biacchi; REIS, Tarcísio Hardman (coords.). *Direito constitucional europeu: rumos da construção*, Curitiba: Juruá, 2005.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, trad. de Alfredo Gallego Anabitarte (Universidad de Madrid), 2ª ed., 1970. Barcelona, Ariel: 1964.

LYNCH, Christian Edward Cyril; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *O constitucionalismo da inefetividade: a Constituição de 1891 no cativeiro do estado de sítio*. In: BONAVIDES, Paulo. *As constituições brasileiras: notícia, história e análise crítica*. Paulo Bonavides [et al.]; ROCHA, Cléa Carpi [coord.]. Brasília: OAB Editora, 2008.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *O Federalista*. Trad. de Ricardo Rodrigues Gama, 3ª ed. Russel Editores: Campinas, 2010.

MAUS, Didier. *A influência do direito internacional contemporâneo sobre o exercício do Poder Constituinte*. In: *Direito Constitucional – estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, BARROS, Sérgio Rezende de; ZILVETI, Fernando Aurelio (coordenadores), São Paulo: Dialética, 1999.

MAZZUOLI, Valério Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *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.

_____. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*, 2ª ed., rev., atual. e ampliada. Coleção direito e ciências afins; v. 4, (coord. Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *O § 2º do art. 5º da Constituição Federal*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Curso de Direito internacional público*. 6. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979.

_____. *Direito Constitucional Internacional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, São Paulo: Saraiva, 1996.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6ªed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, v. II.

_____. *Manual de direito constitucional*. 2ªed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, v. IV.

_____. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*, 4ª. ed., Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

_____. *A Justiça Constitucional nos contextos supranacionais*. In: NEVES, Marcelo (coord.) – *Transconstitucionalidade do Direito: Novas Perspectivas dos Conflitos entre Ordens Jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição Federal de 10 de novembro de 1937*, t. I, Artigos 1º - 37 (Introdução e Organização nacional), Rio de Janeiro: Irmãos PONGETTI editores, 1938.

_____. *Comentários à Constituição de 1946*, 2ª ed. rev. e aumentada. Vol. II (arts. 15 – 97), São Paulo: Max Limonad, 1953.

_____. *Comentários à Constituição de 1967*, Tomo III (arts. 34-112). São Paulo: Editora RT, 1967.

_____. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1 / 1969*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, t. 5.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 29ª ed., São Paulo: Atlas, 2013.

MOREIRA, Vital. *O futuro da Constituição*. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago, (organizadores). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 3ª. ed., São Paulo: Editora Método, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*, 11ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *A teoria da aproximação entre o Direito Constitucional e o Internacional*. In: DE LUCCA, Newton; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; NEVES, Mariana Barboza Baeta (coord.). *Direito Constitucional Contemporâneo – Homenagem ao Professor Michel Temer*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

PERNICE, Ingolf. *L'Unione Europea (Der europäische Verfassungsverbund) nella prospettiva della Conferenza Intergovernativa del 2000*. In: Sergio Panunzio (ed.), “I Costituzionalisti e l'Europa. Riflessioni sui mutamenti costituzionali nel processo d'integrazione europea”, Milão, 2002.

PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro : Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve & C., 1857.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito Constitucional Internacional*, São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Reforma do Judiciário e Direitos Humanos*. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. (Org.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

POLETTI, Ronaldo. *Constituições Brasileiras – 1934*. Vol. III – 3. ed. – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições Técnicas, 2012. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137602/Constituicoes_Brasileiras_v3_1934.pdf?sequence=10. Acesso em: 04 abr. 2017.

POLIN, Raimond. Le concept de souveraineté et ses conséquences internationales. In: DRAGO, Roland (Org.). *Souveraineté de l'Etat et interventions internationales*, Paris: Dalloz, 1996.

PONTES FILHO, Valmir. *A Constituição da República Federativa do Brasil de 1968 e a Emenda nº 1, de 1969*. In: BONAVIDES, Paulo. *As constituições brasileiras: notícia, história e análise crítica*. Paulo Bonavides [et al.]; ROCHA, Cléa Carpi [coord.]. Brasília: OAB Editora, 2008.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012; 3ª ed., 2013.

_____. *Curso de direitos humanos*, São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Processo internacional de direitos humanos*, 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *A responsabilidade do Estado por violação de direitos humanos*. 1999. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

RAMOS, Elival da Silva. *Os tratados sobre direitos humanos no direito constitucional brasileiro pós-emenda constitucional*. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

RANGEL, Vicente Marotta. *La procédure de conclusion des accords internationaux au Brésil*; R. Fac. SP (1960), v. 55, p. 264-265, *apud*, REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*. 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

REALI, Miguel. *Teoria do direito e do estado*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

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

RIOS, Joel Colón. *Weak Constitutionalism. Democratic Legitimacy and the Question of Constituent Power*. New York: Routledge, 2012.

RODRIGUES, Manoel Coelho. *A Extradicação no Direito Brasileiro e na Legislação Comparada*. Tomo III, Anexo B. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1931.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social: princípios de direito político*; tradução e comentários de J. Cretella Jr. E Agnes Cretella, 4ª ed. rev., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Globalização e as Ciências Sociais*. 2ª ed., São Paulo: Cortez, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Ed. Livraria dos Advogados, 2001

_____. *Direitos Fundamentais e Tratados Internacionais em matéria de direitos humanos: revisitando a discussão em torno dos parágrafos 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988*. In: NEVES, Marcelo (coord.) – *Transconstitucionalidade do Direito: Novas Perspectivas dos Conflitos entre Ordens Jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

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

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*, Madrid: Alianza Editorial, 1982.

SHAW, Malcolm N. *Direito Internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *Qu'est-ce que le Tiers État?*, ChampsClassiques: Flammarion, 1988.

_____. *A Constituinte Burguesa – Qu'est-ce que le Tiers État?*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; 34ª ed., 2011.

_____. *A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934*. In: BONAVIDES, Paulo. *As constituições brasileiras: notícia, história e análise crítica*. Paulo Bonavides [et al.]; ROCHA, Cléa Carpi [coord.]. Brasília: OAB Editora, 2008.

_____. *A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937*. In: Paulo Bonavides [et al.]; ROCHA, Cléa Carpi [coord.]. Brasília: OAB Editora, 2008.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*, v. 1. São Paulo: Atlas, 2002.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Institucional (Notícia de 16 de maio de 2017): *STJ analisará proposta de regulamentação para deslocamentos de competência*. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%20A7%20A3o/noticias/Not%20ADcias/STJ-analisar%20A1-proposta-de-regulamenta%20A7%20A3o-para-deslocamentos-de-compet%20AAncia. Acesso em: 14 out. 2017.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*, São Paulo: LTr, 1983.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: leis e costumes*, Livro I; (trad. Eduardo Brandão) – 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2014.

TRIEPEL, Henrich, *Diritto Interno e Diritto Internazionale*. Torino, 1913.

_____. *As relações entre o Direito Interno e o Direito Interncional*. Tradução de Amílcar de Castro. Tradução de Amílcar de Castro. Belo Horizonte.1964.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na proteção dos direitos humanos. In: Arquivos do Ministério da Justiça, ano 46, n. 12, jul.-dez. 1993.

_____. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: *Arquivos de Direitos Humanos 1*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TUCHNET, Mark. *Comparative Constitutional Law*, p.1225 a 1257. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford Handbook of COMPARATIVE LAW*. Oxford University Press.

WALLACE, Rebecca M.M., *International law*. 2ª ed. London: Sweet & Maxwell, 1992.

Revistas

ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 217, p. 55-66, jul. 1999. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47413>>. Acesso em: 20 Ago. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v217.1999.47413>.

ALSTON, Philip. *Conjuring up new human rights: A proposal for quality control*. American Journal of International Law, 1984, v. 78(3), 607-621. doi:10.2307/2202599. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/div-classtitleconjuring-up-new-human-rights-a-proposal-for-quality-controldiv/1AC7D7FEB228381048357D63CFB61B0D>. Acesso em: 14 jun. 2017.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988 e incorporação, ao Direito brasileiro, de tratados internacionais a eles relativos*. R. Fac. Dir. Univ. São Paulo, v. 106/107, jan./dez., 2011/2012, p.287-303.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Tratados internacionais e bloco de constitucionalidade*, Instituto Brasiliense de Direito Público, Escola de Direito do IDP, v. 1, n. 273, 2008. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br>. Acesso em: 29 abr. 2017.

_____. *Tratados internacionais sobre direitos humanos: como ficam após a reforma do poder judiciário*. Consulex - Revista Jurídica, ano IX, n. 197, p. 58-59, 31 mar. 2005

ANPR. *Associação Nacional dos Procuradores da República*, Boletim dos Procuradores da República, n. 14, jun. 1999. Disponível em: www.anpr.org.br/boletim/boletim14/reforma.htm. Acesso em: 13 out. 2017.

ARAS, Vladimir. *Direitos Humanos: federalização de crimes só é válida em último caso*. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2005-mai-17/federalizacao_crimes_valida_ultimo. Acesso em: 14 abr. 2017.

BEZERRA, Helga M. Saboia. *A Constituição de Cádiz de 1812*. Revista de Informação Legislativa, ano 50, n. 198, abr./jun., 2013. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/198/ril_v50_n198_p89.pdf. Acesso em: 17 out. 2017.

BINENBOJM, Gustavo. *Monismo e Dualismo no Brasil: uma dicotomia afinal irrelevante*, Revista da EMERJ, v. 3, n. 9, (180-195), 2000. Disponível em: http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Gustavo-Binenbojm-Monismo-e-dualismo-no-Brasil.pdf. Acesso em: 06 nov. 2017.

CALETTI, Leandro. *A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no cenário da Emenda à Constituição nº 45/2004: notas acerca da compulsoriedade do novo regime e da denúncia dos Tratados*. Revista da AGU, ano VI, n. 13, p. 153-176, ago/2007.

CASTILHO NETO, Arthur de. *A revisão constitucional e as relações internacionais*. Revista da Procuradoria-Geral da República: São Paulo, 1993.

CASTRO, Marcela Baudel de. *A constitucionalidade do incidente de deslocamento de competência (IDC)*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3638, 17 jun. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24716>. Acesso em: 11 out. 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *O Estado de Direito Constitucional internacional*. In: Revista de História das Ideias, vol. 26, p. 351-352, 2005.

COELHO, Bernardo Leôncio Moura. *O bloco de constitucionalidade e a proteção à criança*. Revista de Informação Legislativa, v. 31, n. 123, p. 259-266, jul./ set. 1994, p. 263. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176262>. Acesso em: 30 set. 2017.

DAHL, Robert. *Los sistemas políticos democráticos en los países avanzados: éxitos y desafíos*. En libro: *Nueva Hegemonía Mundial. Alternativas de cambio y movimientos sociales*. Atilio A. Boron (compilador). CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Buenos Aires, Argentina. 2004. p. 208. Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/hegemo/dahl.rtf>. Acesso em: 18, set. 2017.

_____. *Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 252, p. 25-43, mai. 2009. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7954>>. Acesso em: 18 Ago. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v252.2009.7954>. - Da versão em Inglês: Robert A. Dahl – "Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker." Emory Law Journal. 50 (2001): 563-582.

FAVOREU, Louis. *Légalité et constitutionnalit*, (Cahiers du Conseil constitutionnel n° 3 - novembre 1997). In : Conseil Constitutionnel - *Légalité et constitutionnalit* (10.11.2016). Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr>. Acesso em: 30 set. 2017.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Conflitos e Tensões na Jurisdição Constitucional decorrentes da Internacionalização dos Direitos Humanos*. *Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 28, p. 125-152, 2014.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *O judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?* Revista USP, São Paulo, n. 21, p. 13-21, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira.* **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 250, p. 151-167, jan. 2009. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4141>>. Acesso em: 17 set. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v250.2009.4141>.

FONTOURA, Jorge. *O Avanço Constitucional Argentino e o Brasil*, Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 34, 2000.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *A Constituição de 1934 no contexto da história do constitucionalismo brasileiro*, Revista Jurídica Cesumar - jan./abr. 2017, v. 17, n. 1, p. 181-211 - DOI: <http://dx.doi.org/10.17765/2176-9184.2017v17n1p181-211> - ISSN 1677-6402, p. 184. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/viewFile/5048/2951>. Acesso em: 13 maio 2017.

JOSINO NETO, Miguel. *O bloco de constitucionalidade como fator determinante para a expansão dos direitos fundamentais da pessoa humana.* Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/14343-14344-1-PB.htm>. Acesso em: 30 set. 2017.

LEVINSON, Daryl J.; PILDES, Richard H. *Separation of Parties, not Powers* in Harvard Law Review, vol. 119, n. 8, (p. 2311-2386), june/2006.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. *A era dos direitos de Bobbio, entre a historicidade e a atemporalidade.* Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 48, n. 192, out./dez., 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O novo §3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia.* Revista de Informação Legislativa: Brasília, a. 42, n. 167, p. 93-114, jul./set. 2005. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/739>. Acesso em: 18 ago. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. *A justiça constitucional nos contextos supranacionais.* Direito Público. Brasília. N° 8, 2005, p. 57. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br>. Acesso em: 25 mar. 2017.

_____; GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Direitos humanos e integração regional: algumas considerações sobre o aporte dos tribunais constitucionais.* Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sextoEncontroConteudoTextual/anexo/Brasil.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2017.

NATIVIDADE, João Pedro Kostin Felipe de; SILVA, Débora Simões da. *A ilegitimidade na imposição e no exercício do controle de convencionalidade pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)*, Revista dos Tribunais ONLINE, Revista de Processo Comparado | vol. 5/2017 | p. 221 - 243 | Jan - Jun / 2017 | DTR\2017\1620. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000015fb1198f3ef967bcb2&docguid=I80b6c3002f0211e69cd5010000000000&hitguid=I80b6c3002f0211e69cd5010000000000&spos=5&epos=5&td=68&context=8&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startC>

hunk=1&endChunk=1. Acesso em 12 nov. 2017.

NOSCHANG, Patrícia Grazziotin. *A teoria de Triepel e o Recurso Extraordinário 80.004*. Revista Ius Gentium – Teoria e Comércio no Direito Internacional – ISSN 1983-8638, 2 (1): 97-114, 2009. Disponível em: http://www.iusgentium.ufsc.br/revista/ed2/5_Patricia_Noschang.pdf. Acesso em: 9 mar. 2017.

PIOVESAN, Flávia. *A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos*. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev6.htm>. Acesso em: 30 set. 2017.

REZEK, Francisco. *Parlamento e tratados: o modelo constitucional do Brasil*. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 41 n. 162 abr./jun. 2004, p. 121-148. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/952>. Acesso em: 13 maio 2017.

RAMOS, André de Carvalho. *Pluralidade das Ordens Jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o Direito Constitucional*. R. Fac. Dir. Univ. São Paulo, v. 106/107, jan./dez., 2011/2012, p.497-524.

SPIRO, Peter J. *The New Sovereignstists: American Exceptionalism and Its False Prophets*. Published by the Council on Foreign Relations. Disponível em: <http://www.foreignaffairs.com/articles/56621/peter-j-spiro/the-new-sovereignstists-american-exceptionalism-and-its-false-pro>. Acesso em: 06 nov. 2017.

Textos normativos

ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha* (23 de maio de 1949). Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf> . Acesso em: 08 jun. 2017.

ARGENTINA. *Constitución Nacional Argentina*. Disponível em: <http://www.casarosada.gob.ar/images/stories/constitucion-nacional-argentina.pdf> . Acesso em: 10 jun. 2017.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil* – de 25 de março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 25 fev. 2017.

BRASIL. *Lei nº 16 de 12 de agosto de 1834*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 25 fev. 2017.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* – de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 25 fev. 2017.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* – de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 2 mar. 2017.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* – de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 19 set. 2017.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil* – de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 5 set. 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 5 mar. 2017.

BRASIL. *Constituição Federal de 1967*. – (Redação dada pelo Ato Institucional nº 6, de 1969). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 09 julho, 2017.

BRASIL. Constituição, 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acessos diversos.

BRASIL. *Convenção de Havana de 1928*. DECRETO Nº 18.871, DE 13 DE AGOSTO DE 1929. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-18871-13-agosto-1929-549000-publicacaooriginal-64246-pe.html>. Acesso em: 5 ago. 2017.

BRASIL. *Carta das Nações Unidas – Estatuto da Corte Internacional de Justiça*. Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 5 ago. 2017.

BRASIL. *Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional*. Decreto n.4.388, de 25-9-2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm. Acesso em: 06 nov. 2017.

BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Lei nº. 5.172 de 25 de outubro de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm. Acesso em: 18 ago. 2017.

BRASIL. *DECRETO-LEI Nº 911, DE 1º DE OUTUBRO DE 1969*. Disponível em: www.planalto.gov.br, acesso em 17 ago. 2017.

BRASIL. *Convenção de direito internacional privado, de Havana*. Decreto n. 18.871, de 13 de agosto de 1929. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br>. Acesso em: 22 de jun. 2017.

BRASIL. *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*. Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 5 maio. 17.

BRASI. *Estatuto da Corte Internacional de Justiça*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/EstCortIntJust.html>. Acesso em: 17 out. 2017.

BRASIL. *Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo*. DECRETO PRESIDENCIAL Nº 6.949, DE 25 DE AGOSTO DE 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 ago. 2017.

BRASIL. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). DECRETO No 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 ago. 2017.

BRASIL. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo. DECRETO LEGISLATIVO Nº 186, de 10 de julho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 ago. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.706, de 30 de julho de 2003. *Autoriza a União a conceder indenização a José Pereira Ferreira*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.706.htm. Acesso em: 13 out. 2017.

BOLÍVIA. Constitución Política del Estado (CPE) (7-Febrero-2009). Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf. Acesso em: 10 jun. 2017.

COLÔMBIA. *Constitución Política de Colombia* – 1991 - Disponível em: http://www.senado.gov.co/images/stories/Informacion_General/constitucion_politica.pdf. Acesso em: 10 jun. 2017.

CIDH. CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org>. Acesso em: 14 ago. 2017.

CIJ – (ONUBR) A CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS E ESTATUTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA (Preâmbulo da Carta da ONU) – Disponível em: <http://nacoesunidas.org/carta/>. Acesso em: 08 jun. 2015.

ESPAÑA. *Constituição espanhola de 27 de dezembro de 1978*, de 23 de maio de 1949 Disponível em: <http://www.boe.es/boe/dias/1978/12/29/pdfs/A29313-29424.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2017.

FRANÇA. *Constitution Française de 1958*. Disponível em: www.conseil-constitutionnel.fr. Acesso em: 09 jun. 2017.

FRANÇA. *Constituição da Quinta República Francesa*. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur.5074.html#titre6> ou http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf. Acesso em: 09 jun. 2017.

GRÉCIA. *Constituição da Grécia - THE CONSTITUTION OF GREECE*. Disponível em: <http://www.hri.org/docs/syntaxma/>. Acesso em: 08 jun. 2017

ITÁLIA. *Constituição da República Italiana*, de 22 de dezembro de 1947. Disponível em: <https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2017.

PERÚ. *Constitución Política del Peru de 1993*. Disponível em: https://www.migraciones.gob.pe/documentos/constitucion_1993.pdf . Acesso em: 10 jun. 2017.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*, 1974. VII Revisão Constitucional [2005]. Disponível em: <https://www.parlamento.pt>. Acesso em: 08 jun. 2017.

USP – Universidade de São Paulo. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*. Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html> . Acesso em 08 jun. 2015.

Jurisprudência.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1480 MC-DF*, in www.stf.gov.br, acesso em 07 de junho de 2017. Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, 4 de setembro de 1997 – DJ de 26-6-2001. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 25 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 514-PI*. Relator: Ministro Celso de Mello, decisão monocrática, j. 24-03-2008 (Informativo 499). Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 25 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 595-ES*. Relator: Ministro Celso de Mello, decisão monocrática, j. 18-02-2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000121932&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 29 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3486/DF*. Rel. Min. Dias Toffoli. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 14 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Associação Nacional dos Magistrados Estaduais. Petição inicial na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3493/DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=388579&tipo=TP&descricao=A%20DI%203493>. Acesso em: 14 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 80.004-SE*. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. Brasília, DF, 1 de jun. de 1977. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 09 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 466.343-1-SP*. Relator: Ministro Cezar Peluso, j. 03-12-2008; DJ: 11-12-2008. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 09 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 460.320-Paraná*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 19 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – *SÚMULA VINCULANTE 25*. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 17 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso em Habeas Corbus* nº 79.785/RJ, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento: 29/13/2000, DJ: 22-11-2002. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 10 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 72.131-1/RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio, Rel. para o Acórdão Min. Moreira Alves, julgamento: 23/11/1995, DJ: 01-08-2003. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 10 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 92.566-SP. Relator: Ministro Marco Aurélio, DJ: 05-06-2009. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 11 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 87.585-8/Tocantins. Relator: Ministro Marco Aurélio, j. 03-12-2008. Voto do Min. Celso de Mello, fls. 341. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>. Acesso em: 07 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 87.585-8/Tocantins. Relator: Ministro Marco Aurélio, j. 03-12-2008. Voto do Min. Celso de Mello, fls. 49 [no voto]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC87585VISTACM.pdf>. Acesso em: 07 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* nº 209.526 – Rio Grande do Sul, in www2.stj.jus.br, acesso em 05 de julho de 2017. Relator Ministro Francisco Peçanha Martins – DJ de 18-4-2000

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Incidente de Deslocamento de Competência n. 1/PA*. Relator Ministro Arnaldo Esteves. Brasília, j. 08/06/2005. Publicado em 10/10/2005. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=idc+1+PA+2005&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em: 13 de out. de 2017.

CIDH. *Organização dos Estados Americanos*. Relatório 54/2001, referente ao Caso 12.051, de 4 de abril de 2001. Maria da Penha Maia Fernandes. BRASIL. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf. Acesso em: 10 out. 2017.

LANFREDI, Luís Geraldo Sant’Ana; CAVALCANTI JÚNIOR, Fernando Antônio Wanderley (Coord). *Direito à liberdade pessoal – jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos*, Conselho Nacional de Justiça, Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/811667504c7e59379cde655bf660cb83.pdf>. Acesso em: 10 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Incidente de Deslocamento de Competência (IDC 2 / DF) nº 2009/0121262-6, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terciera Seção, j. 27-10-2010, DJe, 22.11.2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=200901212626.REG>. Acesso em 07 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental em Agravo em Recurso Especial* (AgRg no AREsp 1071275 / SC) nº 2017/0062787-0, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. 17-08-2017, DJe, 29-08-2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON>

/jurisprudencia/doc.jsp?livre=controle+de+convencionalidade&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1. Acesso em 12 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Habeas Corpus* (AgRg no HC 395364 / SP) nº 2017/0080169-1, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. 15-08-2017, *DJe*, 24-08-2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=controle+de+convencionalidade&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>. Acesso em 12 nov. 2017.